This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 744 486

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Germany

Civiliſtiſche Studien

auf dem Gebiete

dogmatiſcher Analyſe.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leiſt,

Großh. Sächſ. Hofrath, ordentlichem Profeſſor an der Univerſität zu Jena.

Erſtes Heft.

Ueber die dogmatiſche Analyſe Römiſcher Rechtsinſtitute.

Jena,

Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1854.

Ueber die

dögmatiſche Analyſe

Römiſcher Rechtsinſtitute.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leiſt.

von Wetzell'sches Vermächtniss

UNIVERSITÄTS-BIBLIOTHEK

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1854.

ROMAN
907.2
LE

NOV 8 1920

Vorrede.

Die Untersuchungen, von denen ich hier das erste Heft dem Publicum darbiete, werden vielleicht mancherlei Anstoß hervorrufen. Ist es ein Anstoß zum Vorwärtsbewegen der Wissenschaft, so ist es das, was ich wünsche. Sollte es aber ein Anstoß im Sinne von Mißbehagen sein, so ist das nicht gerade etwas, vor dem ich mich fürchte. Ja von der einen oder anderen Seite her wird mir ein Anstoßnehmen sogar recht lieb sein. Wenn es schmerzt, so ist das häufig ein Zeichen, daß man mit der Sonde den kranken Fleck getroffen hat.

Die Gedanken, welche ich in diesem ersten Hefte niederlege, trage ich seit fast einem Jahrzehnt mit mir herum. Ich habe also Zeit gehabt, sie mir zu überlegen, und fühle ein wahres Bedürfniß, sie endlich von mir abzulösen, so wenig ich auch vorauswissen kann, welcher Erfolg, ob eingehendes Verständniß, ob Ungunst und Mißachtung, denselben vorherrschend und auf die Dauer zu Theil werden wird. Muß doch auch der Schiffer, um sein schwerbeladenes Fahrzeug wieder leicht vorwärts steuern zu können, wohl einmal von seinen Waaren in's Meer werfen, unbekümmert darum ob sein Gut, auf das

er Werth legte, zu Boden sinken oder von einem günstigen Geschick dem Bestimmungsorte werde zugetragen werden.

Ich habe das vorliegende Heft und die anderen, die ihm folgen sollen, — es werden ihrer nur einige sein, und zwar von ungefähr gleichem Umfange wie das jetzt erscheinende, — durch den gemeinsamen Titel: „civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse" verbunden, nicht um daraus einen Frachtwagen zu machen, in den man große und kleine Stücke ohne Rücksicht auf den Inhalt zusammenpackt bis er voll geladen ist, sondern um damit anzugeben, daß diese Arbeiten, von denen jede in sich selbst ein eigenes abgeschlossenes Ganzes bildet, doch alle auf dem Boden eines und desselben Gedankenkreises erwachsen sind. Diesen Gedankenkreis selbst in seinen Grundzügen habe ich in dem vorliegenden Hefte dargelegt, die folgenden werden eine Durchführung und Erprobung desselben an einzelnen Lehren des Civilrechts enthalten. Es schien mir nicht rathsam, ja kaum möglich, diese letzteren Arbeiten ohne die Voraussendung des hier erscheinenden Vorläufers, und umgekehrt die in diesem Hefte mitgetheilten Argumentationen ohne das Gefolge einer mehrfachen Erprobung erscheinen zu lassen. Im Uebrigen muß ich mir die Weiterführung von Vielem, was ich in diesem ersten Hefte berührt habe, für ein Werk anderer Art vorbehalten.

Jena 27. Mai 1854.

Inhaltsangabe.

		Seite
I.	Die gegenwärtige Methode in der dogmatischen Behandlung des Römischen Rechts. §. 1—4.	1
II.	Die Grundsätze über Geltung des Römischen Rechts. §. 5. u. 6.	12
III.	Juristische Wissenschaftslehre. Einleitung. §. 7. u. 8.	20
	A. Das Studium der Natur. §. 9—14. . . .	27
	B. Die Erforschung der Natur im Recht. §. 15—24.	53
	C. Die juristische Logik. §. 25—27.	99
IV.	Der Boden der wissenschaftlichen Thätigkeit. §. 28—32.	113
V.	Die Entwicklung des Rechts in der Weltgeschichte. §. 33—36.	134

I.

Die gegenwärtige Methode in der dogmatischen Behandlung des Römischen Rechts.

§. 1. Der Reisende, der einen langen Weg vor sich hat, 1
thut wohl daran, von Zeit zu Zeit umzuschauen, um inne zu werden, ob er noch auf dem rechten Wege einherschreite. Würde er dies versäumen, so könnte leicht ein unnützer Marsch, ein schwer wieder einzuholender Verlust von Kraft und Zeit die bittere Folge seiner Unachtsamkeit sein. — Die Wissenschaft, und auch unsere Rechtswissenschaft, ist dem Wanderer vergleichbar. Der Ausgangspunkt ihrer Reise liegt weit zurück, das Endziel derselben ist wegen der ungemessenen Entfernung, die sich vor uns ausdehnt, unseren Augen nicht erkennbar. Aber trotz der langen Vergangenheit, trotz der unabsehbaren Zukunft muß sie unverdrossen vorwärts wandern, und ein Verfehlen des richtigen Weges, ein Vorwärtsschreiten auf seitablenkender Bahn würde mit den verderblichsten Folgen auf sie zurückschlagen. Schwer und spät vielleicht würde es ihr möglich sein, nachdem vorher mit großer Mühe der rechte Weg wiedergewonnen worden, alle die unnütz aufgewandten Arbeitskräfte, alle die verlorene Zeit wieder einzubringen.

Wir haben in der Geschichte mehrfache Beispiele solcher Art. Längere Zeiten hindurch sehen wir die Wissenschaft mit ihrem ganzen Troß eifrig vorwärtsjagen, es folgt dann eine

Zeit, in der es schon langsamer und zweifelnder weiter geht, und endlich dringt die Ueberzeugung durch, daß man sich in eine Sackgasse verrannt habe. Mit unbehaglichem Gefühle kehrt man dann zurück. Um die Wiederkehr solcher Beispiele zu vermeiden, möge Jeder, der dazu den Beruf in sich fühlt, bei Zeiten um sich blicken, und mit ernster Prüfung aus den Umgebungen, in denen er sich findet, zu erschließen streben, ob der Weg, den er wandert, noch der rechte sei.

Ich bin nach langjähriger, mich tief beschäftigender Prüfung in der Ueberzeugung immer fester geworden, daß, wenn wir Romanisten in der dogmatischen Behandlung des Römischen Rechts vorwärts kommen wollen, wir eine andere Richtung einschlagen müssen, als in der wir jetzt begriffen sind, und ich unternehme es in diesem Werke, der gegenwärtig herrschenden Methode entgegenzutreten. Es wird bei diesem gewagten Versuche darauf ankommen, nicht bloß den richtigen Weg in der That einzuschlagen, sondern auch vorher den mitwandernden Genossen nachzuweisen, daß und warum man nach einer anderen Richtung sich hinzuwenden habe. Diesem letzteren Zwecke ist die vorliegende Abhandlung gewidmet. Es wird dabei erforderlich, den Charakter der Opposition, in die ich mich zu stellen beabsichtige, von vorne herein ganz bestimmt anzugeben.

Es ist nicht das Zeichen eines höheren Standpunktes, wenn der, welcher neue Anschauungen zu verbreiten unternimmt, mit Hochmuth und Verkleinerungssucht sich den Verdiensten von Vorgängern entgegenstellt, denen das, was er selbst anstrebt, nämlich die allgemeine Anerkennung, in vollem Maaße zu Theil geworden ist. Ich habe nicht die Absicht, in solchen Ton zu verfallen. Ich behaupte nicht, daß in der Methode, die ich zu bekämpfen unternehme, nicht viel Verdienstliches enthalten wäre. Sie war eine nothwendige Phase in der Fortbewegung der Wissenschaft, ihre Resultate werden auch noch in der Folge wesent-

lich brauchbar sein. Aber ihre Zeit ist abgelaufen; wollten wir 1
auf ihrem Wege fortschreiten, so würden wir das, was eine Zeitlang seine Berechtigung hatte, zu einem Unberechtigten machen. Der richtige Weg der Wissenschaft geht nicht immer in der geraden Richtung vorwärts, welche man bisher verfolgt hat; er macht nicht selten eine Wendung nach einer ganz anderen Himmelsgegend.

§. 2. Die Methode, welche die jetzt allgemein herrschende 2
ist, erkennt in Savigny's Besitz ihren äußeren Anfangspunkt, und noch immer ihr mit Recht vielbewundertes Muster und Vorbild. Der geistige Funke zündet in ganz gleichartiger Weise wie das irdische Feuer, und ein solcher geistiger Funke ward mit jenem Werke in die juristische Literatur geworfen. In dem Laufe eines halben Jahrhunderts hat das Römische Recht eine ähnliche, wenn auch im erborgten Lichte nicht immer gleich hell leuchtende, dogmatische Bearbeitung fast aller seiner Theile in einzelnen Monographieen gefunden, und noch am Abend seines Lebens hat Savigny selbst einem großen Theile seiner Anschauungen einen wahrhaft ausgezeichneten Abschluß gegeben.

Das Hauptverdienst der Arbeiten dieser funfzig Jahre im Verhältniß zu den früheren Zeiten der Literatur ist, wenn ich so sagen soll, die heilsame Reaction aus der geistig matten Gesetzgebungsluft Justinians in die lebensfrische Bergluft der klassischen Jurisprudenz. Statt des früheren Strebens, das „Gesetzbuch" Justinians mit einem dessen wahrem oder präsumtivem Willen möglichst entsprechenden Commentarius perpetuus zu versehen, hat man eingesehen, daß die einzelnen Institute des Römischen Rechts in der Werkstätte aufzusuchen seien, in der sie geworden sind, zu der die „Rechtssammlung" Justinians nur wegen ihres untrennbaren formellen Abschlusses als ein freilich oft störend einwirkendes Nebenwerk hinzutritt. Wir haben so in der That statt des Buchstabens des Römischen Rechts wirk-

2 lich den Geist desselben kosten lernen, und die heilsamen Folgen davon für die practische Anwendung des Römischen Rechts konnten nicht ausbleiben.

Aber wie? Ist es genug, daß, um ein Gleichniß zu brauchen, die Menschheit mit Pietät und Sorgfalt den Resten der alten bewunderungswürdigen Glasmalerei nachspüre, daß sie die aufgefundenen Ueberreste der früheren Meisterwerke im alten Geiste und in ihrer alten Schönheit wieder restaurire, daß sie den an geweihter Stätte nun wieder prangenden Kirchenfenstern die gebührende Bewunderung zolle und immer neuen Genuß verdanke? Nein wahrlich nicht. Was unsere Väter konnten, das sollten wir nicht auch mit ernster Kraftanstrengung erringen können? Unproductiv bloß in den Gaben der Vorfahren schwelgen, seine Kräfte im Sammeln, im Darstellen, im Bewahren des früher Erarbeiteten aufgehen lassen, führt am Ende zur Erschlaffung, zu geistiger Leere. Aber eifriges Streben, dasjenige, was ein gütiges Geschick schon den Vorfahren gewährte, selbstthätig in gleicher Vollkommenheit zu schaffen, ja möglichst noch zu übertreffen, — das erst heißt der Vorfahren sich wahrhaft würdig erweisen, nur das zeigt wirklich ebenbürtiges Verständniß der früheren Leistungen. Und hat nicht gerade die Glasmalerei in unseren Zeiten gezeigt, daß, woran man lange verzweifelte, energischer, nicht ermattender Anstrengung dennoch gelingen kann?

Was ich hier von der Glasmalerei sagte, gilt das nicht ebenso vom Römischen Rechte? Alle unsere Zusammenstellungen seiner Theile in einzelnen noch so fleißigen Monographieen haben sie nicht ganz den Charakter jener Construction der Kirchenfenster in unseren Domen aus alten prachtvollen Glasüberresten?

Unsere Zeit ist nicht productiv gewesen, wohl aber reproductiv. Und zwar reproductiv mit Geist und Geschmack, im

Sinne der Zeit, in der das von uns Dargestellte erzeugt wurde. 2
Aber das ist, wenn wir nicht zurücksinken sollen in Schlaffheit, nur die nothwendige Vorstufe zum Vorwärtsschreiten, zum Selbstproduciren. Wir müssen unsere eigenen Werkstätten aufschlagen, um es dem, was aus den geistigen Werkstätten der Alten hervorgegangen ist, gleich- und zuvorthun zu können. Wir müssen dies auf die Gefahr hin, daß die ersten freien Erzeugnisse der eigenen Thätigkeit noch gewaltig abstechen von dem, was unsere reproducirende Thätigkeit uns in großer Vollendung aus dem Römischen Alterthum vor die Augen gestellt hat.

§. 3. Die romanistische Literatur unserer Gegenwart fin- 3
det das Ziel ihrer dogmatischen Thätigkeit in der *Darstellung des Römischen Rechts*, so weit es in unsere heutigen Verhältnisse überhaupt hineinpaßt. Die Thätigkeit aber der Juristen sollte sein: *selbständige Analyse der bei uns bestehenden Rechtsinstitute*. Die Romanisten sind Ausleger fremder Gedanken, sie sind zu Interpreten im neueren Sinne des Worts geworden, ihr Ziel ist Forschung und Studium in den Römischen Quellen. Damit ist der eigentliche Standpunkt, auf dem der Jurist steht und stehen muß, auf dem der Germanist unserer Gegenwart so gut wie der Jurist in der Römerzeit sich befindet, verschoben, und eine schiefe Richtung ist davon die unausbleibliche Folge. Der Jurist soll und muß unmittelbar den Quellen des Rechts nachgehen, also Gesetz und Gewohnheitsrecht sind die Gegenstände seiner Verarbeitung, und eben diese seine verarbeitende Thätigkeit ist die *Wissenschaft des Rechts*. Bei uns Romanisten aber schiebt sich unter dem täuschenden Schein, daß das Corpus Juris gewohnheitsrechtliche Geltung habe, ein trennender Vorhang zwischen uns Juristen und die Rechtsquellen selbst. Wir verarbeiten nicht die Rechtsquellen, sondern eine die Rechtsquellen verarbeitende Rechts-

wissenschaft. Wir schauen den Gegenstand der juristischen Thätigkeit nicht geradezu an, sondern wir drehen ihm den Rücken, und lassen uns sein Bild durch einen uns gegenüberstehenden Spiegel reflectiren. Nicht den Gegenstand selbst, sondern den Spiegel nennen wir nun unsere Quelle, deren Studium uns beschäftigt, und so treiben wir denn ganz vorherrschend nicht die Rechtswissenschaft, sondern die Wissenschaft von einer Rechtswissenschaft. Wir gleichen den Theaterzuschauern, die unthätig an sich vorüberpassiren lassen, was Alles da drüben jenseit des Vorhangs vor sich geht, und die dann daheim, zu den Ihrigen zurückgekehrt, denselben erzählen, was für schöne Dinge sie gesehen haben.

Ich will concrete Beispiele vorbringen. In Savigny's Besitz ist in meisterhafter Weise die ganze Lehre von den Erfordernissen des Besitzes, corpus und animus, mit den weiteren Folgen für den Erwerb und Verlust des Besitzes entwickelt. Woher entwickelt? Aus dem Spiegel des Römischen Rechts heraus. Die Römischen Juristen aber, woher haben sie diese Lehren entnommen? Vom Körper des Besitzes selbst haben sie dieselben, indem sie ihre scharfen Blicke auf ihn hefteten, abstrahirt mit einer Genauigkeit, wie das Daguerrotyp eine Statue copirt. Es giebt aber noch andere Seiten des Körpers des Besitzes, die beim Hineinfallen des Bildes in den Spiegel der Römischen Rechtswissenschaft gar nicht oder nur ganz verzogen sichtbar werden. Sind wir etwa durch Savigny und die vielen nachfolgenden Streitigkeiten über diese anderen Seiten klar geworden? Ich meine, im Verhältniß zu der Vorliebe, mit der man sich diesen Fragen zugewandt hat, sehr langsam und sehr wenig. Der Grund ist der: Wir schauen immer in den Römischen Spiegel, wir untersuchen mit unendlicher Sorgfalt die Stellen des Spiegels, die uns das Bild nur dunkel und unrein wiedergeben, wir holen uns höchstens noch einen zweiten

Spiegel, den der Philosophie, herbei, um auch in ihm den Körper reflectiren zu lassen. Aber uns umdrehen, und denselben geradezu anschauen, nach allen Seiten um ihn herumgehen, ihn betasten und befühlen, das thun wir nicht. Höchstens, daß wir hie und da einen vor dem Spiegel sitzenden Schriftsteller herüberschielen sehen, im wahren Sinne des Worts verstohlen, als wenn es etwas Verbotenes wäre. Und doch müßte unsere Wissenschaft auch jene Lehren von corpus und animus, die bei den Römern die Wissenschaft (und wahrlich nicht in Folge der höheren Berechtigung des jus respondendi) erzeugt hat, selbständig zu schaffen im Stande sein! Und doch müßte man also auch die Ueberzeugung haben können, daß unsere Wissenschaft dieselben erzeugt haben würde, wofern die Römer sie nicht schon erarbeitet hätten! — Aber wie fern stehen wir noch von der Möglichkeit einer solchen Annahme.

Ein zweites Beispiel. In Hasse's Culpa ist in vortrefflicher Weise diese feine Lehre aus dem Spiegel des Römischen Rechts heraus entwickelt. Aber sollte es denn wirklich lediglich aus dem Römischen Recht nachzuweisen sein, daß es nach den Verhältnissen unseres Obligationenrechts nur zwei Grade der Culpa geben könne, ferner unter welchen Voraussetzungen der eine und der andere zu prästiren sei, oder endlich daß die mildernde diligentia quam suis in allen den Fällen zur Anwendung kommen müsse, wo nach der Natur des Rechtsinstitutes Jemand als zugleich fremde und zugleich seine eigenen Angelegenheiten führend erscheint? Woher haben denn die Römischen Juristen diese Lehren? Etwa aus gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher specieller Bestimmung? Keineswegs. Aus dem Wesen unserer obligatorischen Verhältnisse müßten wir sie, wenn wir sie überhaupt für richtig halten, heutzutage noch gerade so gut ableiten können, wie es die Römer gethan, und wie wir schon

3 etwas selbständiger im Gebiete des Criminalrechts bei den Begriffen von dolus und culpa die Hand angelegt haben.

Es möge erlaubt sein, mit einem dritten Beispiele (noch mehre anzuführen würde ein Leichtes sein) hier einstweilen zu schließen. In einer ausgezeichneten Arbeit hat Ribbentrop das Wesen der gewöhnlich-solidarischen Verbindlichkeiten im Gegensatz zu den Correalobligationen entwickelt. Vom Standpunkte der feinsten Interpretation aus werden wir hier auf Unterschiede geführt, bei denen, sollte ich denken, jeder Leser wahrhaft lüstern werden muß, zu untersuchen, was davon auf Rechnung positiver Willkürlichkeit der Römer geschrieben, und was auf innere Nothwendigkeit reducirt werden muß. Und sollte nicht eine solche von Innen heraus geführte Untersuchung nöthig sein, um uns über allerlei bedenkliche Punkte in den Römischen Quellen, ja über andere von den Römern fast ganz unentwickelt gelassene Fragen im Gebiete dieser Lehre bewußte Klarheit zu verschaffen?

4 §. 4. In neuerer Zeit hat Kierulff an der bisher geschilderten Methode, in Folge deren wir uns gleichsam als die abhängige Colonie des uns beherrschenden Mutterlandes betrachten, gerüttelt. Wir hätten, sagt Kierulff, unser heutiges geltendes Recht selbständig aus seinen Principien zu construiren und gleichsam hinterdrein nur es mit den Resultaten der Römischen Interpretation zu vergleichen.

Die hierin liegende Opposition gegen die Methode, daß man nur das Römische Recht nachzuerzählen habe, entspricht ganz der eben von mir ausgesprochenen Ansicht. Es fragt sich aber, mit welchen Gründen sich eine solche Opposition als eine berechtigte nachweisen lasse. Kierulff geht hiebei über den positiven Boden der Reception des Römischen Rechts, also doch auch der Expositionen der klassischen Juristen in den Pandekten, willkürlich hinaus. Das Factum selbst der Reception der Rö-

mischen Rechtsinstitute durch die deutsche Praxis giebt er zu. Dann aber kann nicht geläugnet werden, daß sie in der Justinianeischen Gestalt aufgenommen worden sind, und daß diese Justinianeische Gestalt in ganz überwiegendem Umfange nur die äußere Fassung des von der Römischen Jurisprudenz Geschaffenen ist. Damit aber wird das Zusammentreffen unserer Theorie mit der Römischen nicht etwas *Zufälliges*, sondern weil die gewohnheitsrechtliche Reception der Römischen Institute uns bindet, ein *nothwendiges*, soweit nicht durch neues Gewohnheitsrecht wieder Veränderungen des Römischen Rechts und andere Rechtsprincipien eingeführt worden sind.

Kierulff fehlt also der positive Boden; er stützt sich, wenn ich so sagen soll, auf ein gewisses revolutionäres Element, indem er eine rechtlich bindende Kraft anerkennen muß, der er dann doch keinen Raum gestatten will. Indessen da seine Theorie, wenn auch principiell nur zufällig, doch immer mit dem Römischen Rechte zusammentrifft, so ist sie bei den vortrefflichen einzelnen Expositionen, die Kierulff giebt, nicht schädlich geworden. Im Gegentheil sie hat wesentlich dadurch genützt, daß sie in Betreff der Behandlung des Römischen Rechts auf eine Freiheit der Stellung hingewiesen hat, die wir nothwendig haben müssen. Sie hat diese Freiheit gefordert, aber uns nicht gegeben. Denn solche Freiheit gewährt nicht der, welcher sie sich nimmt, sondern welcher nachweist, daß sie uns schon von Rechtswegen zustehe.

Aber auch abgesehen von der Art, *wie* wir zu der Ausübung dieser Freiheit gelangen, handelt es sich noch um ein Mehres. Die Freiheit ist an und für sich etwas Negatives, ein Mangel an hemmenden Schranken. Wofern man nun nicht in sich selbst die Kraft und Ausbildung besitzt, um allein aufrecht zu stehen und auf eigenen Füßen dem Ziele entgegen zu gehen, so ist es besser, durch äußere Schranken gehalten zu

werden. Das Kind läßt nicht eher die leitende Hand der Mutter los, als es sich auf eigenen Füßen sicher fühlt, und Schranken entfernen wollen, an denen wir uns bisher gehalten haben, ist uns nur dann eine Wohlthat, wenn wir einsehen, daß wir ihrer nicht mehr bedürfen.

Um unsere Rechtsinstitute selbständig analysiren zu können, müssen wir erst wissen, wie das zu machen sei, und man kann an die Arbeit selbst nicht Hand anlegen, ehe man nicht über das Wesen des Materials, über die Einrichtung der Instrumente, mit denen man arbeiten muß, sich vorher unterrichtet hat. Also die Methode des selbständigen Analysirens unserer Rechtsinstitute muß uns erst, um jene Freiheit der Analyse selbst in Wahrheit zu besitzen, nachgewiesen, und als eine nach unserem Rechtszustande mögliche ja nothwendige dargethan werden. Indem Kierulff ebenso wenig, wie die übrigen Neueren, das Bedürfniß gefühlt hat, diese Methode vorerst ins Reine zu bringen, so zeigt sich darin, daß der von ihm bezeichnete Standpunkt ein gewünschter aber nicht errungener ist.

Daß nun heutzutage es so sehr an der Erkennung und Verwendung einer richtigen Methode in der Handhabung des Römischen Rechts fehlt, liegt hauptsächlich an drei verschiedenen Gründen. Es sind zunächst unrichtige Grundsätze über die Geltung des Römischen Rechts die herrschenden. — Es besteht zweitens entweder völlige Unbekanntschaft oder wenigstens die größte Unklarheit über die geistigen Werkzeuge, mit denen man ein Römischrechtliches Institut unserer Gegenwart, ohne sich stets auf die Expositionen der Römischen Juristen im Corpus juris berufen zu müssen, anfassen, auseinanderlegen und wieder wissenschaftlich zusammensetzen könne. Wir gleichen dem Kinde, das etwas vortragen soll, und, statt mittelst des Verstandes das Ganze aus sich heraus zu produciren, in jedem Augenblick in das vor ihm liegende Buch schauen muß, indem der

Stoff ihm noch ein Fremdes, außer ihm Liegendes, nicht aber, wie es sein sollte, sein eigenes selbstthätiges Denken geworden ist. — Wir sind uns endlich durchaus nicht des ganzen Bodens, der durch unsere wissenschaftlichen Operationen bearbeitet werden muß, bewußt, und es herrscht auf vielen, man möchte sagen, den wichtigsten Theilen unseres Gebietes die größte nachtheiligste Unthätigkeit.

Ich gehe jetzt dazu über, diese drei Punkte im Einzelnen der Prüfung zu unterwerfen.

II.

Die Grundsätze über Geltung des Römischen Rechts.

§. 5. Ich kann in diesem ersten Punkte kurz sein, indem ich mich über denselben bereits an einem anderen Orte umständlich ausgesprochen habe [1]).

Die Ansicht, als wenn für den Inhalt des Corpus juris in unserem practischen Rechtsleben die Präsumtion spreche, also in dieser Hinsicht das Corpus juris *als ein Ganzes* recipirt worden sei, mag freilich Manchem in Folge des langjährigen Besitzes lieb und bequem geworden sein, aber eine beweisbare und auf Gründe gestützte ist sie nicht. Die Geltung des Römischen Rechts ist eine in allen ihren Theilen von jeher ganz *gleichartige* bei uns gewesen, eine Verschiedenheit der Grundsätze im Gebiete des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, insbesondere des Criminalrechts und Civilprocesses, hat nie existirt, und konnte auch gar nicht existiren, da man in den Zeiten der Reception des Römischen Rechts diese verschiedenen Rechtstheile noch gar nicht so äußerlich von einander trennte, daß sich an die Trennung entgegengesetzte Principien hätten ansetzen können. Wäre daher die Reception des Römischen Rechts als eines präsumtiv anwendbaren Ganzen überhaupt erfolgt, so müßte sie auch in den übrigen Rechtstheilen, außer dem Privatrechte, so hervortreten, und das ist entschieden nicht der Fall.

1) Meine bon. poss. II. 2. §. 172—175.

Die Reception des Römischen Rechts ist vielmehr in allen Theilen des Rechts ganz gleichartig, aber der Quantität nach sehr verschieden in den einzelnen Theilen erfolgt. Während im Staats- und Kirchenrecht verhältnißmäßig sehr Weniges bei uns eindringen konnte, hat sich im Criminal- und Proceßrechte bei weitem Mehr unter uns festgesetzt, im Privatrechte aber weitaus am Meisten. Indessen auch hier im Privatrecht wieder mit großen Verschiedenheiten, indem bekanntlich, neben den so ganz vorzugsweise zur Herrschaft gelangten vermögensrechtlichen Instituten, die familienrechtlichen einen sehr viel schwereren und geringeren, übrigens heutzutage meist noch weit überschätzten, Eingang gefunden haben, so daß wir die Quantität des hier Eingedrungenen wohl noch hinter manche Partieen des Criminal- und Proceßrechtes zurückstellen müssen.

Es versteht sich nun von selbst, daß ein jeder Rechtssatz, ehe er zur practischen Anwendung gebracht werden kann, zuvor nicht bloß um seinen Inhalt, sondern auch um seine Herkunft, gleichsam seine Legitimation, befragt werden muß. Wir müssen die Quelle seiner bindenden Kraft, sei sie eine (gemeinrechtlich oder particularrechtlich) gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche, nachweisen können, ehe wir ihn anwenden oder als anwendbaren lehren. Da nun zweifellos das Corpus juris niemals durch ein Gesetz in Deutschland als Gesetzbuch publicirt worden ist, so müßte bewiesen werden können, daß das Deutsche (also den Deutschen Juristen bindende) Gewohnheitsrecht das Corpus juris als präsumtives Ganzes aufgenommen habe. Dieser Beweis ist aber nie erbracht, kann auch nie erbracht werden, und Alles, worauf man sich in dieser Hinsicht berufen hat, ist reines Mißverständniß. Es sind richtige Sätze, die die Art der gewohnheitsrechtlichen Reception des Römischen Rechts bezeichnen, und einestheils negativ das betreffen, was nicht recipirt worden ist, anderntheils von dem positiv Recipirten aussagen, daß es

gemeinrechtliche Geltung habe, und in seiner vollen wissenschaftlichen, im Corpus juris niedergeschriebenen, Ausdehnung zur Anwendung komme.

Aber eine allgemeine Regel darüber, welche nun diese positiv aus dem Corpus juris recipirten Theile und Institute seien, giebt es gar nicht, und sie konnte sich auch offenbar gar nicht, als ein Stück der gewohnheitsrechtlichen Reception des Römischen Rechts, bilden. Es steckten im Corpus juris zu viel Institute, die auf den ersten Blick sich als unvereinbar mit den Deutschen Lebensverhältnissen herausstellten, und die trotz alles Feuereifers der Romanisten dennoch nie zur Aufnahme gelangen konnten, weil es an dem factischen Boden fehlte, den das Institut voraussetzte. Es gab eben, wie natürlich, viele Köpfe in Deutschland, auf die kein Römischer Hut paßte, und es gab viel Römische Hüte, für die kein damit zu bedeckender Kopf in Deutschland vorhanden war. Wohl hat es beim ersten Herüberschaffen der Waare mannichfache Versuche eines gezwungenen Anpassens und Aufpressens des Hutes gegeben, und es hat sich erst allmälig und im Einzelnen practisch erproben müssen, für welche Lebensverhältnisse ein Römisches Rechtsinstitut passend erscheine, und welche Lebensverhältnisse danach auch wirklich von Römischen Rechtsinstituten durch gewohnheitsrechtliche Fixirung normirt worden seien.

Mit dem Rechte ist es nämlich in der That, wie mit dem Hut, der nicht getragen werden kann ohne den tragenden Kopf. Es bedarf zur Geltung eines Rechtssatzes eines denselben tragenden, und von ihm normirten und geschützten factischen Lebensverhältnisses, und wo dieser Körper des Lebensverhältnisses ganz fehlt, da erscheint die Behauptung der Geltung des Rechtssatzes, wie die Schaustellung eines Hutes, der keinen Käufer findet [1]). Und auch wenn ein Verhältniß vorhanden ist, für

1) Nicht selten begegnet man bei allerlei im Corpus juris vorkommen-

welches die Rechtsregel zunächst als anwendbar erscheint, so gehört zur Geltung eines Rechtssatzes bekanntlich mehr. Es ist nicht die Zweckmäßigkeit, die hier für uns Juristen in Betracht kommt, es ist nöthig, daß es positiv ersichtlich sei, das fragliche Verhältniß sei eben dieser und keiner anderen Rechtsregel als seiner bestimmenden Norm unterworfen worden. Die Geltung der Rechtsregel ist Etwas, das mit der opinio aber auch mit der Kraft der necessitas eingeführt sein muß, und zur Annahme dieser Geltung bedarf es der Nachweisung, daß das einzelne Lebensverhältniß in der That der necessitas einer bestimmten Rechtsregel sich hat fügen müssen. Um nun annehmen zu dürfen, daß ein Deutsches Lebensverhältniß unter ein Römisches Rechtsinstitut gestellt worden sei, genügt nicht die allgemeine Berufung auf die Reception des Römischen Rechts, es bedarf der Nachweisung der besonderen Aufnahme dieses Rechtsinstitutes [1]). Die Annahme, daß jeder Rechtssatz, wenn er überhaupt für uns möglich ist, danach auch schon die Präsumtion seiner Geltung für sich habe, würde den Beweis nöthig machen, daß sich bei der gewohnheitsrechtlichen Aufnahme des

den Rechtsinstituten folgender Argumentation neuerer Schriftsteller: „sie seien noch practisch anwendbar, denn, wenn sie auch im Leben nicht weiter vorkämen, so könne doch immer ein Römisch gebildeter Jurist, der den Inhalt des Instituts kenne, dieselben noch durch Vertrag u. s. w. constituiren." Aber sollte in solcher Weise, sobald wir uns nur erst versichert haben, daß kein prohibitives Recht des Inlandes entgegensteht, nicht auch das gesammte englische, persische oder chinesische Recht wegen der englisch, persisch oder chinesisch gebildeten Juristen für practisch erklärt werden müssen?

1) Noch ganz neuerdings gelangt Savigny Obligationenrecht Bd. 2. S. 239. 327., von der unrichtigen allgemeinen Prämisse der Geltung des Römischen Rechts als eines Ganzen aus, in Betreff der Frage von der Klagbarkeit der nuda pacta und von der Geltung der Privatstrafen zu Resultaten, die meiner Meinung nach unhaltbar sind. Ich denke bei einer anderen Gelegenheit darauf zurückzukommen.

Römischen Rechts der selbständige gewohnheitsrechtliche Satz gebildet habe, es stecke in dem Momente des Aufgenommenseins einer Regel ins Corpus juris bereits die Präsumtion seiner Geltung für Deutschland. Dieser Beweis aber, ich wiederhole es, ist nie erbracht worden, und er muß auch von dem, der sich genauer mit der Art des Einlebens des Römischen Rechts in Deutschland beschäftigt hat, für eine Unmöglichkeit erklärt werden.

§. 6. Fassen wir das Gesagte kurz zusammen, so lautet es folgendermaßen. Das Römische Recht ist nicht, gleich einem vom Eroberer eingeführten Gesetzbuch, als eine auf einer gleichen Fläche stehende Masse von Rechtsregeln, die Gehorsam fordern, wo nur ihr Buchstabe paßt, sondern es ist als ein im Einzelnen nachweisbarer und nachzuweisender Complex von Rechtsinstituten zu uns herübergekommen. Das Römische Recht ist keine ungelöste einheitliche Eisdecke, die sich, alle Deutsche Vegetation zerstörend, über Deutschland gelagert hätte, sondern es ist einer großen Zahl von Bäumen vergleichbar, die wir, von Italien sie herüber holend, in unseren Deutschen Boden untermischt mit unseren Deutschen Bäumen gepflanzt haben, so daß sie nun gegenseitig lustig in einander wachsend ein dichtes Laubdach bilden, unter dem sich wahrlich ganz gut wohnen läßt. Es war, um im Bilde zu bleiben, der Deutsche Wald gar zu spärlich angebaut, gar große Stellen gab es, die ganz bloß und ungeschützt dalagen, auf denen die eigenen Deutschen Eichen nachzusäen und nachwachsen zu lassen, gar zu lange Zeit gekostet haben würde. Dagegen fand man in der Römischen Baumschule schon hochgezogene Bäume, die im Deutschen Boden treffliches Gedeihen versprachen; man pflanzte sie in die Waldblößen, und sie haben die gehegte Erwartung vollständig gerechtfertigt.

Die Institute des Deutschen und Römischen Rechts stehen

nebeneinander, ebendeßhalb aber spricht für einen Satz des Römischen Rechts nicht die Präsumtion, sondern der Gesammtcomplex des gemeinen Rechts (wie denn ebenso auch die Gesammtheit des particulären Deutschen und Römischen Rechts) ist von der Rechtswissenschaft aus den beiden gleichberechtigten, wenn auch nicht gleich umfangreichen, Factoren unseres Rechtszustandes zusammenzuarbeiten. Ebendeßhalb aber haben die von der Seite des Römischen Rechts aus arbeitenden Juristen es nicht so leicht, daß sie bloß zu sagen brauchten: „hier ist ein Römischer Baum," oder auch noch einen Schritt weiter: „seine Natur paßt zu dem Deutschen Boden." Die Romanisten müssen nachweisen, daß der einzelne Baum wirklich verpflanzt worden ist und Wurzel geschlagen hat. Leider aber haben sie es sich meist gar zu bequem gemacht, sie haben entweder nur zurückgeschaut zu den Zeiten, als der Baum im Römischen Boden wuchs, oder, wenn sie darüber hinausgingen, nicht das wirkliche Verpflanztwerden und Fortleben desselben sich vor Augen gestellt, sondern in einer oft unerfreulichen Literärgeschichte nur zusammengesucht, was über die Naturgeschichte des Baumes, den man sich als aus dem lebendigen Wachsthum gleichsam in ein Naturaliencabinet herübergetragen vorstellte, im Laufe der Zeiten gesagt worden ist.

Für das wirklich in Deutschland lebende Römische Recht wurde damit wenig gefördert, aber es ward ihm dadurch auch wenig geschadet. Während die Erforschung des recipirten Römischen Rechts dem Studium der Botanik aus einem Herbarium heraus glich, ist das Recht selbst lustig fortgewachsen, und wir brauchen nur herauszutreten in die freie Natur, so werden wir es wachsen und blühen und neue Früchte tragen sehen. Nicht aus dem Corpus juris heraus beweisen wir unser heutiges Römisches Recht, sondern in wie weit es Römisches Recht sei, ergiebt sich uns aus dem Corpus juris, in wie weit

6 es heutiges Recht sei, haben wir aus unserem Deutschen Gewohnheitsrechte zu entnehmen.

Die ganze Geltung des Römischen Rechts ist aber noch in einer anderen Hinsicht mit der Verpflanzung des Baumes zu vergleichen. Wir haben ebensowenig, wie wir das Corpus juris als ein präsumtives Ganzes angenommen haben, andererseits nur einzelne abgepflückte und also trockene Blätter und Aeste und Stämme (wenn auch in noch so großer Zahl) zu uns herübergeholt. Wir haben jeden Baum als einen Organismus, als ein lebendes Ganzes, erhalten, wir haben den Baum in Wahrheit verpflanzt und er ist angewurzelt. Ebensowenig wie das ganze Corpus juris, so sind auch seine einzelnen Theile äußerlich recipirt. Nicht die Titel de contrahenda emtione, pro socio etc. sind aufgenommen, sondern der Römische Kauf, die Societät u. s. w., wie wir ihre Principien bis in die einzelnen Spitzen hinein an allen möglichen Stellen des Corpus juris finden. Die Geltung des Römischen Rechts ist eine Geltung nicht des Justinianeischen Ganzen, sondern Justinianeischer Institute, aber sie ist auch eine Geltung der Institute, und nicht der einzelnen Rechtssätze.

Hierin nun liegt, daß wir in der Behandlung der Römischrechtlichen Institute dieselbe volle Freiheit haben, wie sie uns auch bei den Deutschrechtlichen zusteht [1]). Jedes einzelne In-

1) Daß danach als positiv geltendes Römisches Recht nur betrachtet werden kann, was den Charakter eines speciellen Rechtsinstitutes hat, und wovon wir das Meiste in den speciellen Theil der Pandekten zu stellen pflegen, versteht sich von selbst. Es giebt im Uebrigen im Corpus juris gar viele Sätze, die freilich für uns allerdings Bedeutung haben, aber eine ganz andere, als die auf die positiv gewohnheitsrechtliche Reception eines Römischen Rechtsinstitutes sich stützende. Welche Bedeutung nun diese Sätze (namentlich so Vieles, was aus dem Corpus juris in den allgemeinen Theil unserer Pandekten getragen zu werden pflegt, aber auch schon anfängt, in den Systemen des Deutschen Privatrechts sich einen selbständigen Platz zu

ſtitut iſt ein ſelbſtändig auf unſerem Boden ſtehendes Glied 6
der ganzen Geſammtheit des Rechts, die heutzutage aus dem Dualismus des Römiſchen und Germaniſchen Rechts ſich gebildet hat. In der Geſammtheit des Rechts muß jedem einzelnen Inſtitut ſein Platz angewieſen, ſeine eigene Natur entwickelt, ſeine Beziehungen zu den übrigen Inſtituten, mit denen es in Contact tritt, verfolgt werden. In allem Dieſem hat unſere Wiſſenſchaft vollkommen frei nach den Principien zu verfahren, auf deren detaillirtere Entwicklung ich jetzt eingehen will.

vindiciren) in der That haben, wird ſich genauer aus weiterhin zu unterſuchenden Fragen ergeben.

III.

Juriſtiſche Wiſſenſchaftslehre.

7 §. 7. Es mangelt unſerer Wiſſenſchaft, wie ich am Ende des §. 4. als einen zweiten Hauptfehler unſerer Gegenwart hervorhob, die richtige Kenntniß und Verwendung der Mittel, womit man, ſtatt eines bloßen Abſchreibens des Corpus juris, eine ſelbſtändige Analyſe der Römiſchrechtlichen Inſtitute vorzunehmen hat. Indem ich es unternehme, dieſelben hier zu charakteriſiren oder, beſſer geſagt, zu ſkizziren, muß ich voraus bemerken, daß das hier Auszuführende in ſich ſelbſt nur unvollſtändig und außerdem zunächſt ohne die nöthige Erprobung an einzelnen Lehren vorgelegt werden kann. Ich vermag das nicht zu ändern und das Mißtrauen, das vielleicht meiner hier folgenden Entwicklung vielfältig entgegentreten wird, muß ich ruhig über mich ergehen laſſen. Die Principien, die ich jetzt in einem kurzen Ueberblick zuſammenſtelle, kann ich einſtweilen lediglich mit der Verſicherung begleiten, daß ich ſie ſeit Jahren, ich denke mit ernſtem Streben, durch die verſchiedenſten Inſtitute hindurch bis in's Einzelne verfolgt und ſo an dieſen Inſtituten erhärtet habe. Es gewinnen danach viele Lehren eine weſentlich andere Geſtalt, als in der ſie heutzutage erſcheinen, und ich bin der Ueberzeugung geworden, daß das geſammte heutige Römiſche Recht von dieſen Principien aus einer Reviſion, viele Lehren deſſelben aber einer totalen Umarbeitung bedürfen.

Den folgenden Abhandlungen in dieſen civiliſtiſchen Studien iſt 7
zunächſt die Aufgabe zugewieſen, in einzelnen kleineren Unterſuchungen die Richtigkeit jener Principien zu beweiſen. — Möge nun im Uebrigen der Ungeduldige, deſſen Auge die Conſequenzen für die einzelnen Lehren noch nicht erkennt, im Voraus verdammen; ich werde es ihm am Wenigſten verdenken, in der Ueberzeugung, daß was Wahres an der Sache iſt, ſich ſchon Bahn brechen wird.

Man hat ſich lange mit dem Ausbau einer Lehre Mühe gegeben, die man die juriſtiſche Interpretationslehre nannte. Sie war ein nothwendiges Reſultat der Anſchauung, die man von dem ganzen Weſen des Rechts hatte. Das Recht erſchien dem wenig ſcharfſichtigen Auge der früheren Zeit als ein Complex von Geſetzen, die im Fall der Dunkelheit oder Schwierigkeit der Auslegung bedurften. Man ſammelte ſich nun eine ganze Reihe von Regeln, von denen Eine in jedem einzelnen Fall brauchbar ſein ſollte, ähnlich wie man ſich wohl eine Feld- und Reiſeapotheke mit Medicamenten für alles etwa vorausſichtliche Uebelbefinden vollſtopft.

Geſundere Anſichten vom Weſen des Rechts haben die Geſammtheit dieſer aufgehäuften Heilmittelchen als gänzlich unnütz erwieſen, und es iſt namentlich wieder ein Verdienſt Savigny's, den letzten Ueberreſten dieſer überflüſſigen Gäſte definitiv die Thüre verſchloſſen zu haben. Aber was iſt an die Stelle getreten? Ein Minimum von Sätzen, die ſogleich zeigen, daß man den in Deutſchland geltenden Römiſchrechtlichen Inſtituten gegenüber in einer ganz falſchen Stellung ſich befindet.

Man erkennt heutzutage an, daß die Wiſſenſchaft das Organ iſt, welches das geltende Recht (Geſetz und Gewohnheitsrecht) zu verarbeiten hat, wobei nur noch darüber geſtritten wird, ob das Product ihres Arbeitens eine eigene ſelbſtändige Rechtsquelle, ein beſonderes „Recht der Wiſſenſchaft", in ſich

7 faſſe oder nicht. Aber neben dieſer im Grunde doch ziemlich einfachen Frage, von welcher Natur das Reſultat unſerer wiſſenſchaftlichen Thätigkeit ſei, was ſagt man denn über die Hauptſache, wie nämlich dieſes Reſultat erzielt wird? Welche Wege weiſt man uns, und jedem Anfänger, und endlich ſich ſelbſt, auf denen man zu procediren habe, um zu jenem Producte, dem ſ. g. „Recht der Wiſſenſchaft" zu gelangen?

Man hat die Anſicht aufgeſtellt, daß eine Antwort auf ſolche Fragen gar nicht ertheilt werden dürfe. Man behauptet, daß „die Erkenntniß des wiſſenſchaftlichen Rechts und ihre Methode nicht Gegenſtand beſonderer Regeln, ſondern die Aufgabe der geſammten Rechtslehre ſei" [1]). Das iſt ungefähr daſſelbe, als wenn man die Logik für unnöthig erklärt, indem man nur durch ſein Denken zeigen müſſe, daß man folgerechte Schlüſſe zu machen verſtehe. Ja freilich ſehen wir Manchen mit geſunder Denkkraft begabt, der doch nie einen Curſus der Logik durchgemacht hat, und wir wollen einſtweilen ſelbſt einmal annehmen, auch die klaſſiſchen Römiſchen Juriſten hätten ſich die Methode ihres Operirens nicht klar gemacht. Beweiſt das etwas gegen uns? Folgt daraus etwa, daß die Römer nun auch wirklich ohne Princip in der Behandlung ihres Rechts verfahren ſeien, und folgt ferner daraus, daß wir, wenn wir es verachten die Methode ſelbſt uns zu vergegenwärtigen, nicht etwa gründlich fehl gehen könnten?

Freilich was brauchen wir eine Methode, wie wir ſelbſt das Recht zu analyſiren hätten, wenn wir eben nur den Römiſchen Gedanken nachdenken, wenn unſere Aufgabe lediglich iſt, mit möglichſter Feinheit und Sorgfalt aus dem Corpus juris heraus das ſchon von den Römern Durchdachte, nur mangelhaft Gruppirte, zuſammenzuſtellen! Es iſt die einfache Folge von dem unrichtigen Standpunkte, den man zum Römiſchen Rechte

1) Worte Puchta's. Pand. §. 16.

einnimmt, daß man sich auch sogar die Thüre zuschließt, durch 7
die man aus der verkehrten Lage in's Freie gelangen könnte.

§. 8. Und doch, ein gewisses kleines Analogon einer be- 8
stimmten Methode hat man nicht von sich abzuhalten vermogt[1]). Es wird zugestanden, daß zunächst eine gewisse Klasse des Rechts, nämlich das jus singulare, auszuscheiden sei, im Uebrigen aber das Recht auf seine Principien (rationes juris) zurückgeführt werden müsse (juristische Consequenz), und daß ferner Lücken im Rechte durch andere im bestehenden Rechte unter gleichen Verhältnissen vorkommende Folgerungen auszufüllen seien (Analogie). Es wird dabei hervorgehoben, daß die juristische Consequenz durchaus nicht immer eine bloß logische sei, sondern „zugleich eine organische, die aus der Gesammtanschauung der practischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht."

Und diese Sätze sollten uns wirklich genügen können? Das Erschließen des Rechtssatzes aus den Principien sollten wir nun schon ohne Fehlgriff vermögen, wenn wir nur im Einzelnen Hand anlegen? Die Gesammtanschauung der practischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder (?) sollte damit schon immer zu einer gelungenen werden? Das Wesen der juristischen Consequenz wäre mit jener Entgegensetzung der logischen und organischen Consequenz schon vollständig erschöpft? — Ich glaube kaum. Ein Glück daher, daß wir das Corpus juris nahe zur Hand haben, um schnell in's Buch schauen zu können, wo wir es etwa einmal versuchen wollten, eine Rechtslehre aus sich selbst heraus zu analysiren, und wo uns das Stehen auf eigenen Füßen unbehaglich werden sollte. Und doch haben die Römer die Kraft solcher selbständigen Analyse in der ausgezeichnetsten Weise besessen und ausgeübt! „Wie vortrefflich," ruft

1) Puchta Pand. §. 16. Savigny System I. §. 46. Stahl Phil. d. Rechts (2. Aufl.) II. 1. S. 201. (3. Aufl. S. 251.)

s Stahl mit Recht aus, „sind im Römischen Rechte die Grundsätze über Eviction, Zufall, Fahrlässigkeit, Schadensersatz bei der Vindication u. s. w. gewonnen worden bloß durch wissenschaftliche Thätigkeit ohne alle Hülfe der Gesetzgebung;“ — und zwar, setze ich hinzu, ohne daß dabei die höhere äußere Stellung der Römischen Jurisprudenz [1]) in Betracht käme, welche ja allerdings in Folge eigenthümlicher Verhältnisse bei den Römern bestand, aber (abgesehen von einer immer ziemlich genau erkennbaren öfteren Ueberschreitung der unseren heutigen Juristen gezogenen Linie) doch für den eigentlichen Hauptkern ihrer wissenschaftlichen Operationen durchaus nicht maaßgebend gewesen ist.

Und sollten wir denn wirklich heutzutage solche Lehren wie die Römische Eviction u. s. w. in gleicher Güte hervorzubringen im Stande sein?

So bestimmt ich das verneinen muß, so bestimmt muß ich die Behauptung aufstellen, daß uns die Kräfte dazu an sich nicht fehlen. Uns fehlt die gehörige Richtung unserer Thätigkeit, und die durch längere Uebung erlangte Gewandtheit. Beides, nicht bloß von Einzelnen, sondern von der Gesammtheit derer, die die Wissenschaft pflegen, besessen, wird uns sicherlich zum Ziele führen. Solche wissenschaftliche Feststellung einer Lehre, d. h. eine Feststellung im wahren Sinne des Wortes, so daß sie damit ein für allemal als erledigt betrachtet werden kann, ist nie das Werk eines Einzelnen, sie kann nur durch die Gesammtheit mit allmäligem Bauen erreicht werden.

Es ist in einem überwiegenden Theile des ganzen Rechts eine endgültige Feststellung der einzelnen dazu gehörigen Institute in der That möglich. Einem der Menschheit unentbehrlichen Lebensverhältniß läßt sich eine juristische Construction ge-

1) Savigny System I. §. 47. scheint mir diesen Punkt ein wenig zu sehr zu betonen.

ben, die der volle adäquate Ausdruck des in ihm lebenden Ge- s
dankens und die volle Befriedigung des der Menschheit innewoh-
nenden Bedürfnisses nach einer definitiven juristischen Fixirung
des Verhältnisses ist. Einmal gefunden gestaltet sich das von
der Rechtswissenschaft hingestellte Resultat, wie die Entdeckung
und Verwendung z. B. der Dampfkraft, zu einem dauernden,
immerfort nutzbaren Besitzthum der Menschheit. Die Römer
haben Vieles in dieser Art, aber keineswegs Alles erarbeitet,
wir müssen fortfahren, aber um fortfahren zu können, müssen
wir wissen, in welchen Gebieten und auf welche Weise wir solche
endgültige Feststellung erstreben und erreichen können.

Man hat sich vielfach, nachdem man zu der Ueberzeugung
gelangt war, daß das Römische Recht keineswegs etwas wirklich
innerlich Abgeschlossenes, eine vollendete ratio scripta sei, —
in dem dunklen Gefühl, daß man die von den Römern begon-
nene Arbeit fortzusetzen habe, in die Arme der Philosophie ge-
worfen. Abgesehen von den verfehlten Versuchen, das Irrlicht
eines s. g. unwandelbaren, ewig leuchtenden Natur- oder Ver-
nunftrechts zu erjagen, ist von verschiedenen Seiten und oft in
wahrhaft förderlicher Weise die Rechtslehre auf solche Art bear-
beitet worden. Indeß so sehr ich es für nöthig halte, dies
hier besonders hervorzuheben, um so mehr muß ich es betonen,
daß die Philosophie es in keiner Weise ist, die ich hier in den
Kreis der Untersuchung hineinzuziehen beabsichtige. Ich be-
merke ausdrücklich, daß ich der Rechtsphilosophie so gut wie auf
der anderen Seite der Rechtsgeschichte ihre volle Bedeutung im
Gebiete des Rechtsstudiums einräume, daß aber das, wovon ich
hier rede, und was ich bei dem gesammten Studium des Römi-
schen Rechts vermisse, etwas vollständig von historischen wie
philosophischen Fragen gleich weit Entferntes ist. Es handelt
sich um innere dogmatische Erfassung unseres Rechts, die, so
sehr daneben auch jenen anderen beiden Seiten unseres Rechts-

s studiums ihr selbständiger Bestand zuerkannt werden muß, in sich selbst ihren ganz eigenen Schwerpunkt, ihre ganz eigenen Principien, aber ebendeßhalb auch ihre unentbehrlichen vollkommen selbständigen Resultate hat.

Eine gewisse unklare Ueberzeugung hievon ist denn auch in der That bei manchen Schriftstellern zu erkennen. Man begegnet gar oft einer Argumentation „aus der Natur der Sache heraus", aber es waltet dabei, selbst wenn zuweilen das Resultat der einzelnen Argumentation aus natürlichem Takte richtig ist, eine solche Verwirrung über das, was man unter dieser „Natur der Sache" verstehen soll, es werden so sehr die verschiedensten Dinge darunter zusammen gemischt [1]), daß dieses unklare Wesen, das zu nebelhaft und schwankend ist, um mit scharfen Waffen vertrieben oder andererseits als nützlicher Begleiter erkannt zu werden, zu den gefährlichsten Werkzeugen wissenschaftlicher Argumentationen gerechnet werden muß.

Ich will jetzt versuchen, ein Gesammtbild der Hauptgesichtspunkte zu entwerfen, die uns in den Stand setzen werden, eine selbständige Analyse unserer Römischrechtlichen Institute

---

1) S. z. B. Mühlenbruchs (Pandekten I. §. 42.) Definition: „Die Berücksichtigung der s. g. Natur der Sache d. h. was aus gewissen allgemeinen Rechtsbegriffen und Einrichtungen abgeleitet werden kann." — Stahl, Rechtsphilosophie II. 1. Abth. 2. Buch. 2. Kap. §. 10. (3. Aufl. §. 13.) versteht darunter die „factischen Beziehungen, die bisher nicht vorgesehen, nunmehr hervorgehoben, Anhaltspunkte gerade für Entscheidung nach den Grundsätzen des positiven Rechts gewähren." Das Wesen der Römischen naturalis ratio, von der unten weiter die Rede sein wird, ist, wie auch die weiteren Beispiele Stahls zeigen (in denen von logischen Consequenzen bei der Interpretation von Rechtssätzen in Betreff verschieden gestalteter factischer Lebensverhältnisse die Rede ist), hiemit nicht gemeint (s. ebendas. den Schluß des 2. Kap.). Vgl. unten §. 25. Note 1. Die ganze Charakteristik des Römischen Rechts (II. Anhang §. 71. [99.]) ist danach bei Stahl eine wesentlich einseitige und den Hauptpunkt außer Acht lassende.

vorzunehmen. Drei verschiedene Gesichtsfelder sind es, in die 8
sich dieses Bild zerlegen läßt. Es handelt sich zunächst um die Structur der factischen Lebensverhältnisse (§. 9—14.), zweitens um die Substanz, aus der die einzelnen Rechtsregeln bestehen (§. 15—24.), endlich um das relative Verhältniß der Rechtsregeln zu einander (§. 25—27.). Was ich nach allen drei Richtungen als Anforderungen an unsere Wissenschaft aufzustellen habe, will ich nun im Einzelnen darlegen.

A. Das Studium der Natur.

§. 9. Auf den ersten Blick erscheint vielleicht die Ueber- 9
schrift, die ich der ersten von jenen eben bezeichneten drei Fragen gebe, als eine gesuchte. Nichts desto weniger wähle ich den Ausdruck absichtlich als den bezeichnendsten, und der etwaige Schein des Sonderbaren wird, denke ich, leicht verschwinden.

Es versteht sich von selbst, daß wir im Gebiete des Rechts es weder mit den Schönheiten der Alpen, noch mit dem Bau der Palme, noch mit der Organisation des Fisches oder Vogels zu thun haben. Und weil dem so ist, so kann denn überhaupt nicht von einem Naturstudium im wahren Sinne des Wortes für uns Juristen die Rede sein? Es scheint fast so, und in der That ist so auch die vollständig herrschende Anschauung. Aber darin liegt auch gerade von vorn herein der unrichtige Anfangspunkt bei Handhabung der Rechtsinstitute.

Man ist darüber einig, daß das Recht sich auf die menschlichen Lebensverhältnisse bezieht, daß es aus den durch Gesetz und Gewohnheitsrecht fixirten, das einzelne Lebensverhältniß bedeckenden und normirenden Regeln besteht, daß endlich diese Regeln im großen Ganzen keineswegs der spontanen Willkür des Menschengeschlechts ihren Ursprung verdanken, sondern, an die Gestalt der Lebensverhältnisse sich anschmiegend, zum großen Theil unmittelbar aus der gemeinsamen Vernunftüberzeu-

gung eines Volks hervorquellen, und eben deßhalb mittelbar ein von Gott uns mitgegebenes Geschenk sind, das als ein geistig über den vorüberfließenden Generationen des Volkes stehendes Ganzes dasselbe sittlich zusammenhält, kräftigt und veredelt.

Und was sind denn nun also nach diesen hier ganz kurz zusammengestellten Momenten die Punkte, auf die wir unsere wissenschaftliche Thätigkeit zu richten haben? Früher antwortete man: die Gesetze, die wir auslegen müssen, jetzt heißt es: Gesetz und Gewohnheitsrecht, die wir zu verstehen und zu den über den Rechtsverhältnissen schwebenden Rechtsinstituten systematisch zusammenzuordnen haben. Wie einseitig!

Lichtenberg sagt einmal: wenn unser ganzes Menschengeschlecht von der Erde vertilgt würde, und ein neu organisirtes Geschlecht an die Stelle träte, — was würde wohl dies neue Geschlecht, falls ihm nichts als ein Frauenanzug von der ganzen früheren Periode aufbewahrt worden wäre, sich für eine Vorstellung von dem weiblichen Körper der Menschen machen? Wir lachen und dünken uns gar verständig, daß es uns nicht im Geringsten einfällt, aus der weiten Umhüllung heraus den umhüllten Körper studiren zu wollen. Und wie machen wir es denn in unserem Rechtsstudium? Studiren wir die Verhältnisse des Lebens nicht etwa durch das umhüllende Kleid der Rechtssätze hindurch? Gehen wir etwa darauf aus, die Gestaltungen unseres Rechtslebens anders, als aus den oberen und unteren Gewandungen des Corpus juris herauszufühlen? Verhält sich aber das umhüllende Kleid des Rechts zum darunter steckenden lebendigen Körper nicht in der That gar häufig, wie in jenem Lichtenberg'schen Falle? Und auch wo wir ein eng anliegendes Rechtskleid vor uns sehen, sind wir denn sicher, daß gleich unter dem bedeckenden Stoffe der Körper selbst sich befinde? Die Römischen Juristen freilich haben das Leben scharf

ſtudirt, und das von ihnen gefertigte Rechtskleid iſt gar eng und glatt über dem Körper angeſpannt. Indeſſen wir gleichen denen, die fremdes Zeug angezogen haben, und uns hängt oft gar wunderlich das für einen Anderen Zugemeſſene zu eng oder zu weit um den Körper. Wir wiſſen oft ganz vortrefflich, wie es im Römiſchen Rechtsleben ausſah, weil die Römiſchen Juriſten es genau kannten, und wir es im Corpus juris leſen. Aber wir vergeſſen unſeren eigenen Körper nachzumeſſen, wir gleichen dem Bettler, der den geſchenkten Rock raſch überwirft, und den es freilich wenig kümmert, daß fremde nicht gehörig angepaßte Kleidung gar übel ſteht.

Aber noch mehr. Angenommen auch, daß bisweilen das Rechtskleid den noch heutzutage exiſtirenden Körper des Lebensverhältniſſes vollkommen erkennen läßt, ſo iſt es überhaupt eine hier durchaus verkehrt angebrachte Prüderie und Zurückhaltung, den von Gott geſchaffenen Körper immer nur durch eine Verhüllung hindurch errathen zu wollen. Wir haben hier ein wiſſenſchaftliches Intereſſe; wir müſſen an ihn ſelbſt herantreten, müſſen ihn von außen und von innen vollſtändig ſtudiren. Und zwar nicht bloß einen einzigen Körper. Wir haben aus unabläſſig wiederholter Prüfung uns die Natur des ganzen Körpers, und ganz beſonders des völlig normal gebildeten und geſunden Körpers zu veranſchaulichen. In dieſer Hinſicht ſteht es mit unſerer Wiſſenſchaft höchſt mangelhaft. Aus den Rechtsſätzen heraus und durch ſie hindurch ſuchen wir das Leben zu verſtehen, ſtatt ſelbſtändig erſt das Leben uns zu veranſchaulichen, um darnach die Rechtsſätze zu erkennen. Tritt in dem allgemeinen Entferntſein vom Leben ein Fall einmal näher an Jemanden heran, ſo ſieht man nur gar zu oft, wie er damit allerdings einen lebendigeren Einblick in das einzelne Rechtsverhältniß gewinnt, aber wie manche Abhandlung, wie manche Theorie verdankt offenbar nur dem Umſtande ſeinen Urſprung,

daß der Verfaſſer eben nur einen einzigen Fall vor Augen bekam, und damit eine völlig einſeitige Anſchauung von dem Rechtsverhältniſſe ſich gebildet hatte!

Die Klagen über das Entferntſein der Theorie von der Praxis ſind alt genug. Es liegt auch in der That in ihnen etwas Richtiges, aber ſie ſtreifen nur zu einem kleinen Theil an das, wovon ich hier rede. Die Praxis, die Führung oder Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten, ſind, wenn ich ſo ſagen ſoll, die Behandlung der juriſtiſchen Krankheit. Die Desorganiſation iſt alsdann an die Stelle des geſunden Organismus getreten, und es handelt ſich um die Heilung des Uebels und um Vorbeugung ſchlimmeren Nachtheils. Eine völlige Zuſammenwerfung der Praxis mit der Theorie iſt eine reine Unmöglichkeit, weil Beides gerade in Folge einer nothwendigen Theilung der Arbeit ſich getrennt hat. Die Theorie lehrt, und ſie lehrt ein Doppeltes. Sie weiſt zunächſt den geſunden Organismus nach, und dem gegenüber die Symptome der Krankheit, ſie bietet die Heilmittel dar, um den Zuſtand der Geſundheit, wenn er geſtört worden iſt, wiederherzuſtellen. Was ſind denn nun die Rechtsregeln? Sie ſind, als Normen für den geſunden Organismus, zugleich die Heilmittel zur Verbannung der krankhaften Zuſtände.

Iſt denn nun aber, ſo frage ich, die mediciniſche Wiſſenſchaft bloß eine Kenntniß der Heilmittel, und eine Kenntniß der Krankheiten? Wehe einer ſo verdrehten Wiſſenſchaft! Sie iſt zuerſt und vor Allem eine Kenntniß des geſunden Organismus und der Regeln, wie man die Geſundheit deſſelben erhält, und ſo muß auch die Rechtswiſſenſchaft zunächſt die Natur der geſunden Lebensverhältniſſe kennen lernen, und vor Allem die Rechtsregeln als Normen, die ſich aus der Geſundheit des Organismus erklären, in's Auge faſſen. Solche Kenntniß der Natur läßt ſich freilich auch bei der practiſchen Behandlung der

Krankheiten erweitern und befestigen, aber im Ganzen muß eine 9
solche Kenntniß vorangehen. Sie ist schon zum Verständniß der Heilmittel durchaus nothwendig. — Von dieser Kenntniß der in den Lebensverhältnissen steckenden Natur rede ich hier. Sie ist etwas von dem Studium der sich auf die Lebensverhältnisse beziehenden Rechtsregeln völlig Getrenntes, ihm selbständig Gegenüberstehendes, sie muß der Entwicklung des Rechtssatzes vorangehen, soll der letztere recht verstanden werden.

Und woraus schöpfen wir nun diese Kenntniß der juristischen Gesundheit, dies juristische Naturstudium? Die Quelle liegt gar nicht so weit weg. So wie man im Grashalm, im kleinsten Moose, das vor unserer Thür wächst, die wichtigsten Naturgesetze entdecken und bestätigt finden kann, so haben wir die Lebensverhältnisse des Privatrechts rund um uns her. Kommen sie uns doch, wenn sie uns ganz nahe stehen, meist als Dinge vor, die, wie der Grashalm, einer Beachtung nicht würdig sind. Am nächsten stehen uns jedenfalls die, in denen wir selbst eine Rolle spielen. Ein Miethverhältniß, ein Kaufverhältniß tritt uns nie so klar vor die Augen, als wenn wir selbst uns ein Haus gemiethet oder gekauft haben, und jeder Jurist wird auf manche Beziehungen in irgend einem Rechtsverhältniß gewiß erst dadurch aufmerksam geworden sein, daß er selbst in dasselbe eintrat. Und diesem Zufall dürften wir es überlassen, worauf wir in Betreff der Natur der Lebensverhältnisse aufmerksam werden sollen oder nicht? Und im Uebrigen wäre es uns erlaubt, diese Dinge, die wir überall uns umgeben sehen, wofern wir nur die Augen öffnen wollen, mit derselben Gleichgültigkeit zu betrachten, mit der wir an einer Feldblume, die an unserem Wege steht, vorbeigehen?

Eine völlige Unkenntniß dieser factischen Verhältnisse unter uns als herrschend zu behaupten, fällt mir natürlich nicht ein. Wohl aber liegt darin der Fehler, daß man an ihnen, da

9 man eine allgemeine Anschauung davon hat, im Uebrigen ohne wissenschaftliche Untersuchung vorbeigeht, und so denn Dinge übersieht, die von der größten Bedeutung sind. Gerade das Alltägliche, welches der gewöhnlichen Anschauung als sich von selbst verstehend erscheint, enthält oft die bedeutendsten und schwierigsten Fragen. Selbständig aber den Gegenstand als einen wichtigen Theil der Wissenschaft anerkennen, selbständig ihn als solchen zu erforschen suchen, das ist unserer gegenwärtigen Romanistischen Jurisprudenz ganz verloren gegangen. Und was ist davon die Folge? Werden wir durch unsere Römischen Quellen einmal mit Nothwendigkeit auf eine solche Frage geführt, die nicht schon klar dort erledigt ist, sondern als eine zweifelhafte unser eigenes Nachdenken in Anspruch nimmt, wie behandeln wir dann die Frage? Wir machen aus einer Frage des Lebens eine Frage des Rechts; wir sind eben zu sehr gewohnt, nur das Rechtskleid vor Augen zu haben, so daß wir auch Fragen über den Organismus des darunter steckenden Körpers als Fragen über den Stoff und die Verfertigung des Kleides ansehen.

Daß dabei Resultate von absoluter Verkehrtheit die Folge sein müssen, werde ich gleich noch weiter im Einzelnen nachweisen.

10 §. 10. Eine Regel, welche wir zur Charakteristik der constant vorhandenen Natur eines bestimmten Lebensverhältnisses aufstellen können, will ich fortan einen Naturſatz nennen. Es ist nach dem eben im vorigen §. Gesagten klar, daß ein solcher Naturſatz als etwas von einem Rechtssatz vollkommen Scheidbares dasteht.

Daß der Mensch, als der Herr der Schöpfung, die körperlichen in der Welt ihn umgebenden Dinge sich unterwirft, ist ein Naturſatz, und wenn wir nun die Stellung des einzelnen herrschenden Subjects zu dem ihm unterworfenen körperlichen Object mit den Worten Besitz und Eigenthum bezeichnen, so ist

damit der Naturſatz noch immer derſelbe. Wenn wir nun weiter ſagen, daß dieſes Herrſchaftsverhältniß untergehen muß, wenn das körperliche Object, das der Menſch bisher beherrſchte, aufhört zu exiſtiren, ſo wird Niemand läugnen wollen, daß wir hier eben ſo ſehr einen Naturſatz vor uns haben, als wie wenn wir vom Hunde ſagen, daß er das Stück Fleiſch verloren habe, welches er aus ſeinem Maule in's Waſſer fallen ließ. Wenn wir ferner nun finden, daß der Menſch von gewiſſen körperlichen Dingen, die die Natur ihm liefert, einen Nutzen nur dann hat, wenn er ihre Exiſtenz vernichtet, alſo z. B. ſie verzehrt, ſo ſprechen wir damit ebenfalls einen Naturſatz aus, und dieſer Satz bleibt immer derſelbe, wenn wir ihn in folgende andere Wendungen kleiden: was wir nur durch Conſumtion gebrauchen können, das kommt uns eben deßhalb regelmäßig nur für das einmalige Factum der Conſumtion in Betracht; ein längerer Gebrauch in der Weiſe, daß man ſich die Sache ſelbſt dabei bewahrte (ein uti frui, salva rei substantia), iſt bei jener Art von Sachen eben nicht möglich.

Wie verhalten ſich nun dieſe Naturſätze zum Recht, d. h. zu denjenigen Sätzen, zu deren Geltung es einer geſetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Sanction bedarf? Es wird einleuchtend ſein, daß hier nur Folgendes geantwortet werden kann:

1. Den Naturſatz als ſolchen, wenn er überhaupt die Wahrheit enthält, kann, wie ſich von ſelbſt verſteht, der Wille des Geſetzgebers oder das Volksbewußtſein nicht im Geringſten ändern, ſo wenig wie eine Menſchenſatzung die Sonne zur Bewegung um die Erde bringen kann [1]).

1) Sollte Jemand dies nicht glauben wollen ohne eine Stelle des Römiſchen Rechts, ſo verweiſe ich ihn auf §. 2. J. de usufr. — Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (*nec enim poterat*) etc. — Fr. 2. de usufr. earum rer.

2. Gesetz- und Gewohnheitsrecht können dagegen wohl vorschreiben, daß unter den Menschen ein dem Naturſatze entgegengesetzter Rechtssatz beobachtet werden soll; also es kann ein Gesetz gegeben werden, daß Jeder zu glauben oder wenigstens zu sagen habe, die Sonne bewege sich um die Erde. — Es ist selbstverständlich, daß ein solcher Rechtssatz nur aus besonders gerechtfertigten Gründen dem erkannten Naturſatze gegenüber erlassen werden wird. Häufiger ist er schon im Gegensatz zum unerkannten Naturſatze denkbar.

3. Wo nun aber der Rechtssatz dem Naturſatze nicht entgegentritt, da gilt eben für die menschlichen Verhältnisse der als Wahrheit erkannte Naturſatz. Es ist aber von ganz besonderer Wichtigkeit, sich den Charakter dieser Geltung ganz klar zu machen. Es ist zunächst möglich, daß in keiner Art von Rechtsquelle der Satz jemals sanctionirt wird. Alsdann kann gar keine Frage sein, daß es uns durchaus freisteht, den Naturſatz als einen sich von selbst verstehenden factischen Satz anzuwenden. Es kann aber auch eine positive Rechtsquelle den Satz beistimmend als einen richtigen Naturſatz anerkennen [1]). Auch hiebei haben wir noch wieder zu unterscheiden. War es der Wille des Rechtssatzes, eine gewisse Regel, die man für einen Naturſatz hielt, auf alle Fälle, mag man den letzteren als solchen noch fernerhin für wahr halten oder nicht, gelten zu lassen, so haben wir wiederum einen eigenthümlichen Rechtswillen vor uns, den wir observiren müssen, auch wenn unsere jetzigen Ansichten über den Naturſatz davon wesentlich abweichen sollten.

Wo aber ein solcher selbständig vom Naturſatz scheidbarer Wille im Gesetz oder Gewohnheitsrecht nicht erkennbar ist, da liegt ja dann eben gar kein dem Inhalte nach abweichender Rechtswille vor. Gesetz oder Gewohnheitsrecht setzen hier nur

1) §. 2. J. de usufr. — nam hae res neque *naturali ratione*, neque *civili* recipiunt usumfructum.

den Naturſatz voraus; indem er als erkannter Naturſatz bereits gilt, ſo wollen ſie ihn materiell gar nicht verändern, ſie wollen nur ſeine als Naturſatz ihm zukommende factiſche Geltung zu einer auch äußerlich im Gebiete des Rechts ſanctionirten machen; kurz alſo, wo ein beſonderer Willensinhalt der Rechtsquelle fehlt, da iſt mit dem Naturſatze auch gar keine Veränderung ſeines Inhalts vorgegangen, der Naturſatz iſt rein und ohne Modification zum Rechtsſatz geworden.

Die Erwähnung nun von ſolchen Naturſätzen findet ſich, wie ſich von ſelbſt verſteht, im Corpus juris außerordentlich häufig, indem wir hier ſo überwiegend nicht unverarbeitetes Geſetz und Gewohnheitsrecht, ſondern eine das Leben höchſt ſcharf und klar erfaſſende Rechtswiſſenſchaft vor uns haben. Iſt denn nun aber Alles dies ſogleich und lediglich als Rechtsregel zu behandeln? Müſſen wir nicht, um die Stellung eines Naturſatzes zum Rechtsgebiete zu ermitteln, ihn zunächſt, gerade ohne Rückſicht auf das Rechtsgebiet, lediglich ſeiner Naturſtellung nach in's Auge faſſen? Iſt in der That die Jurisprudenz nur justi atque injusti scientia, nicht auch die ſelbſtändige Kenntniß des Lebens, „rerum *humanarum* notitia“?

Die Kritikloſigkeit, mit der man in dieſer Hinſicht den Inhalt des Corpus juris heutzutage vorträgt, iſt eine vollſtändige, und die Irrthümer, die daraus hervorgehen, ſind von der größten Bedeutung. Auch hier hat jener unrichtige Satz von der Reception des Römiſchen Rechts als eines Ganzen mitgewirkt. Da jene oben angeführten Beiſpiele von Naturſätzen, mit dem ganzen großen Heere anderer gleichartiger, unzweifelhaft im Römiſchen Rechte zu finden ſind, da das Römiſche Recht gewohnheitsrechtlich recipirt worden war, ſo ſchien das vollkommen genügend, um alle jene Sätze einfach als Rechtsſätze einpaſſiren zu laſſen. Um ſo mehr beſteht hier die Pflicht, einmal ganz ſelbſtändig eine Wiſſenſchaft des Privatlebens

10 (rerum humanarum notitia) aufzubauen [1]), und von da aus eine Reviſion unſerer Romaniſtiſchen Lehre, eine bewußte Scheidung der Naturſätze von den Rechtsſätzen durchzuführen. Das Deutſche Gewohnheitsrecht, welches eine große Zahl Römiſcher Inſtitute in der Geſtalt des Corpus juris recipirte, hat an der Bedeutung der darein verflochtenen Naturſätze an ſich nichts verändert. Nur wenn ſich im Einzelnen der vorher genauer charakteriſirte beſondere (deutſch-gewohnheitsrechtliche, oder ſchon bei den Römern in einer Rechtsquelle hervortretende) Wille nachweiſen läßt, daß man dem Naturſatz, unabhängig von dieſer ſeiner Bedeutung, eine eigene juriſtiſche Fixirung geben wollte, nur dann geſtaltet ſich ſeine juriſtiſche Geltung zu etwas materiell Abgeſondertem. Und wo nun eine materielle Veränderung des Naturſatzes bei ſeiner Reception als Rechtsſatz nicht vorliegt, da haben wir ihn immer zunächſt als Naturſatz, d. h. im Kreiſe ſeiner natürlichen Familie und Verwandtſchaft, uns zu vergegenwärtigen, ehe wir ſein Eintreten in die Adoptivfamilie und das Anknüpfen neuer Beziehungen im Kreiſe dieſer juriſtiſchen Verwandtſchaft verfolgen können.

11 §. 11. Der Beiſpiele, daß in Folge eines ganz verſchobenen Standpunktes heutzutage lediglich als Römiſcher Rechtsſatz vorgetragen wird, was bei näherer Betrachtung ſich zunächſt als einfacher Naturſatz herausſtellt, wobei dann erſt die weitere Frage entſteht, ob er etwa nichts weiter als das iſt, oder ob er eine poſitive (veränderte oder unveränderte) Reception in das Gebiet des Rechts erfahren hat, ſolcher Beiſpiele ließen ſich ſo viele anführen, daß, wenn ich mich darauf einlaſſen wollte, aus dieſer Abhandlung leicht ein ganz anderes Werk werden könnte. Vorzugsweiſe im allgemeinen Theile der Pandekten ſteckt von dieſer Art ſo Vieles, daß manche Lehren eine

1) Ebenſo wie man in einer beſonderen Lehre, dem Handel, die Handelswiſſenſchaft und das Handelsrecht unterſcheidet.

wesentlich andere Gestalt gewinnen müssen, ehe man sie für richtig dargestellt erklären kann. Ich muß die weitere Ausführung davon anderen Gelegenheiten überlassen. Was Vangerow in einer einzelnen Frage, bei der Berechnung des Interusuriums, einmal halb zögernd und halb unrichtig sagt[1]), wie oft haben wir Grund, das auf seine eigenen, wie auf anderer Schriftsteller Ausführungen anzuwenden[2]). 11

Ohne mich hierauf jetzt weiter einzulassen, halte ich es für gerathener, in den folgenden Paragraphen einen wenn auch nur flüchtigen Ueberblick über einige Hauptideen zu geben, welche in den theils der Menschheit überhaupt, theils jedenfalls unserer Gegenwart angehörigen Lebensverhältnissen stecken. Mir

1) Pandekten III. S. 186. „Denn nicht nur, daß man überhaupt in solchen Berechnungen römischer Juristen keine wahren gesetzlichen Normen" (besser: gar keine Rechtssätze) „finden darf, indem es vielmehr nur mehr oder weniger gelungene Versuche sind, Rechtssätze auf factische Fälle anzuwenden" (besser: die factischen Lebensverhältnisse unter richtigen allgemeinen Gesichtspunkten aufzufassen), „Versuche, die ihrer Natur nach niemals Gesetzeskraft ansprechen dürfen: so möchte auch namentlich Afrikan's Rechnung in dem vorliegenden Falle gerade durch die Eigenheit desselben veranlaßt worden sein."

2) Wenn z. B. heutzutage, bei der Frage über die Restitution der Früchte der Dos nach Trennung der Ehe, das Resultat der Interpretation des bekannten fr. 7. §. 1. u. 2. sol. mat. als gesetzliche Norm behandelt wird, so muß ich das eben so sehr läugnen, als Jeder heutiges Tages zugeben wird, daß bei der Frage, ob Steine in Gallien und Asien nachwachsen können, und Marmor also zu den Früchten gehört, das Römische Recht keine gesetzliche Geltung hat (fr. 7. §. 13. sol. matr.; s. übrigens z. B. *Voet* ad Pand. tit. de usufr. §. 24.). Der Rechtssatz, der in jenem fr. 7. §. 1. u. 2. cit. befolgt wird, ist der, daß auch bei fruchttragenden Grundstücken der Nutzen seit Trennung der Ehe scharf getrennt werden soll von dem auf die Zeit des Bestehens der Ehe zu berechnenden. Die Frage nun aber, ob Papinian in dem von ihm aufgestellten Beispiele richtig gerechnet hat, ist ebensowenig practisch wichtig, als wenn wir sehen, daß die Römer bei dem Interusurium falschen Berechnungen gefolgt sind.

kommt dies vor, wie das erste oberflächlichste Blättern in einem großen Buche, dessen tiefes und gründliches Studium unsere Wissenschaft einen außerordentlichen Schritt vorwärts bringen würde. Halten wir dabei fest, daß diese Ideen gleichsam das Blut sein müssen, das die regelmäßige Gestaltung der einzelnen Lebensverhältnisse durchströmt, daß wir uns nicht etwa durch die Zusammensetzung des Blutes eines vielleicht krankhaften oder wenigstens absonderlichen Individuums täuschen lassen dürfen. Aber verwechseln wir hiemit nicht Folgendes. Es giebt der Lebensverhältnisse, wie der Sitten und Sprachen der Menschen unendlich vielgestaltige. Freilich durchziehen die bei den verschiedenen Völkern bestehenden Lebensverhältnisse allerdings gewisse gemeinsame Grundgestaltungen, und diese werden dann auch von gemeinsamen Ideen getragen. Aber die Fülle der besonderen Gestaltung tritt als etwas weit Ueberwiegendes hervor. Wenn wir nun die Natur der bestehenden Lebensverhältnisse erforschen wollen, so würde es ein großer Irrthum sein, wenn wir hierunter lediglich das den Lebensverhältnissen aller Völker Gemeinsame verständen, ja auch wenn wir nur meinten, diesem gerade gleich vorzugsweise unser Augenmerk zuwenden zu müssen. Auch ein Lebensverhältniß, das nur aus den Zuständen eines einzigen gewissen Volkes emporgewachsen ist, hat seine eigene bestimmte Natur, gleichwie eine Pflanzenart, die nicht auf dem ganzen Erdboden, sondern vielleicht nur auf einem einzigen Gebirge, in enge Gränzen gebannt, vorkommt.

Wollen wir nun diesem Naturstudium der bestehenden Lebensverhältnisse, als einer gleichsam ganz neuen Wissenschaft, oder besser als einem bisher noch nicht urbar gemachten Theile unserer Rechtswissenschaft, unsere Thätigkeit zuwenden, so müssen wir nicht mit dem Aeußersten, Allgemeinsten, wir müssen mit dem Nächsten und uns in seiner Besonderheit leichter Zugänglichen beginnen; ebenso wie der, welcher die inneren, die

menschliche Sprache durchziehenden Gesetze erforschen will, zu- 11
nächst eine einzelne bestimmte Sprache genau zu durcharbeiten, und deren Natur sich ganz zu vergegenwärtigen hat, um dann weiter zu einer zweiten und dritten und so schrittweise auf sicherem Wege zur Erkennung der das Ganze durchziehenden Ideen zu gelangen.

Mit jenem Mißverständniß, vor dem ich besonders warnen zu müssen glaube, hängt noch ein anderes ebenfalls leicht mögliches zusammen; nämlich daß, um die Natur eines bestimmten Lebensverhältnisses zu erkennen, man etwa meinte, sich in den s. g. Naturzustand der Menschheit zurückversetzen, d. h. die heutzutage bestehenden Zustände aller charakteristischen Eigenthümlichkeiten des gegenwärtigen Lebens entkleiden zu müssen. Ist es doch sogar in neuster Zeit ausgesprochen worden, daß die Römischen Juristen, — indem sie die Natur ihrer Lebensverhältnisse mit wunderbarer Klarheit, mit (wie Göthe so Etwas nannte) Intuition erkannt haben, — in dem, was sie uns von diesen ihren Naturkenntnissen mittheilen, uns einen „Zustand der natürlichen Freiheit" vorgeführt hätten, dem wir sobald als möglich den Rücken zu kehren hätten [1])! — Es handelt sich hier um ganz etwas Anderes. Das Leben, das uns frisch und in bewegter Fülle umgiebt, das Leben unserer Gegenwart, das Leben unserer Nation, — mag es in ganz eigenthümlichen Gebieten sich bewegen, mag es Kreise enthalten, die auch schon im Römischen Alterthum ganz gleichartig vorkamen, — wollen wir erkennen. Wir wollen dem Sprachforscher gleichen, der aus der Fülle und Mannigfaltigkeit der Redeformen die Sprachgesetze entnimmt, die das Ganze durchziehen, wir wollen, dem Botaniker gleich, ein Lebensverhältniß wie eine Pflanzengattung betrachten, deren Structur, Bedingungen des Gedeihens, Lebens-

1) C. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem Römischen und Germanischen Recht. Rostock 1853. s. z. B. S. 121.

11 proceß und Umfang der Verbreitung mit sorgsamem Auge verfolgt werden muß.

Vorzugsweise aber habe ich es nochmals zu betonen, daß bei der Erforschung der Natur der Lebensverhältnisse es sich durchaus nicht um eine philosophische Untersuchung handelt. Die Philosophie des Rechts hat daneben ihr volles selbständiges Gebiet und ihre hohe Bedeutung, ohne irgend in ihren wirklichen Gränzen gestört zu werden. Freilich aber bringt man heutzutage Manches als Philosophie vor, was genauer betrachtet sich lediglich als Natursätze unserer Lebensverhältnisse herausstellt, und was daher nothwendig von der Philosophie an die dogmatische Verarbeitung des practischen Rechts restituirt werden muß. Wir haben hier es mit dem wirklich bei uns Bestehenden zu thun, und uns davor zu hüten, lediglich das Aeußere für Realität, aber die innere treibende Kraft, die in diesem Aeußeren steckt, für Speculation zu halten. — Dies Innere nun aber richtig zu durchschauen, ist eine Aufgabe, deren Schwierigkeiten nicht klein sind. Es darf uns hier nicht genügen, in einer heutzutage nur zu viel geübten Manier irgend ein „Princip" aus der Luft zu holen, es in die Dinge hineinzutragen, wobei sie dann, wenn es nicht gerade passen will, auf dem Prokrustesbette des Princips gekürzt oder auseinandergerissen werden. Es heißt hier, den Dingen sich mit Verläugnung aller vorgefaßten Meinungen hingeben, die Dinge sprechen lassen wie sie sind. Es handelt sich darum, sie mit derselben exacten Genauigkeit zu betrachten, mit der der heutige Naturforscher seine Lupe verwendet und den nebelhaften Theorieen der früheren Naturphilosophen sich entgegenstemmt.

12 §. 12. Der Mensch, der Herr und die Spitze der irdischen Schöpfung, steht *in*, nicht *außerhalb* der Natur. Die beiden Kreise der Familien- und der Vermögensverhältnisse sind die nothwendigen Resultate seiner Stellung in der Natur, so-

weit er überhaupt als Einzelner dem Einzelnen gegenübersteht. 12
Die Kreise der Vermögens- und Familienverhältnisse sind das Ergebniß der zwei natürlichen Bedürfnisse, unter die der Mensch durch sein Geschaffensein auf der Erde gestellt worden ist, des Bedürfnisses der physischen Existenz und des Bedürfnisses der Association mit Seinesgleichen. Diese natürlichen Bedürfnisse, und auch wenigstens einen gewissen Kreis von darauf gebauten Verhältnissen, hat der Mensch mit der Thierwelt gemein. Der Fuchs oder Dachs sammelt sich wahrhaft Vermögen, um für den Winter davon zu zehren, er vertheidigt und bewahrt seinen Besitz in seiner zweckmäßig angelegten Wohnung mit fast menschenartiger Klugheit. Die gesammte Thierwelt, in die zwei Geschlechter gespalten, kennt die der Ehe und dem elterlichen Verhältniß parallel gehenden Institutionen, und in der That bietet, neben den Verhältnissen der Vielweiberei bei manchen Thierarten, die Monogamie anderer Thiergeschlechter, die oft zarte Liebe z. B. der Gesellschaftsvögel, von denen der Eine den Tod des Anderen nie lange überlebt, die merkwürdige Art, wie Katzen in solatium liberorum amissorum sich wohl andere Kinder, sogar Mäuse, annehmen, — dies, wie vieles Andere, bietet in der That die Möglichkeit einer auch weiter in's Einzelne gehenden Parallele [1]), der sich die Menschheit wahrlich nicht im Geringsten zu schämen hat. Aber trotz der gleicharti-

1) Lassen sich ja doch auch sogar die Elemente der öffentlichen Verhältnisse, von denen ich hier im Uebrigen nicht zu reden habe, bis in die Thierwelt verfolgen. In der Bienenkönigin, in der Gemskuh, die die Heerde der Gemsen anführt und bewacht, in der Pyramide des Ameisenhaufens, in dem Anführer der in bestimmter Ordnung fliegenden Zugvögel u. s. w. haben wir die ersten Ansätze der unter irdischen, mit eigener Bewegungskraft begabten, Wesen sich bildenden staatlichen Ordnung. Und diese Verhältnisse bilden sich in der Thierwelt mit derselben Naturnothwendigkeit, wie unter den Menschen der Staat, als eine weitere und unausbleibliche Folge des schon in der Familie hervortretenden Associationsbedürfnisses.

gen Punkte ist es wieder von der anderen Seite eine ungeheure Kluft, die die Menschheit von der Thierwelt scheidet. Wir sehen im menschlichen Körper die große Stufenleiter der Schöpfung in Betreff der physischen Organisation sich schließen; wir können in einer wunderbaren Reihenfolge in der Flosse des Fisches, dem Huf des Pferdes, den Fingern des Menschen eine einzige Organisation verfolgen, wir finden so in allen Organen ein Aufsteigen vom Niederen zum Höheren. Aber dennoch ist der Schritt vom höchst organisirten Thier zum menschlichen Organismus ein ganz enormer, und was von der physischen Organisation gilt, das findet auch in gleicher Weise in Betreff jener Naturgesetze statt, die für die Lebensverhältnisse der mit actueller Bewegungskraft versehenen Individuen schon auf einer gewissen geistigen Basis sich aufbauen.

Der instinctuellen, gebundenen Thätigkeit des Thieres tritt im Menschen die freie, aufrechtstehende, gen Himmel schauende, und wirklich auch bis in den Himmel dringende Geistesthätigkeit gegenüber. Wie der Körper ein höherer ist, so auch der Geist, und wie der Geist, so auch die vom Geist gehandhabten Naturregeln über die Lebensverhältnisse des Individuums. Während heutzutage mit größter Sorgfalt die physische Stufenfolge der Geschöpfe bis zum Menschen herauf verfolgt wird, verschmäht es sonderbarer Weise die Rechtswissenschaft in wunderlichem Dünkel, die Stufenfolge der Lebensorganisationen genau zusammenzustellen, welche die Menschheit mit der Thierwelt verbindet, und deren genaue Kenntniß die Annahme der großen Kluft zwischen Mensch und Thier freilich nicht im Geringsten verändern, aber doch die Wissenschaft von vorn herein auf einen richtigeren Standpunkt für Erkennung der eigentlichen Grundelemente der menschlichen Lebensverhältnisse stellen wird.

Die gesammten Vermögens- und Familienverhältnisse der Menschheit sind so geistig frei, wie es überhaupt der menschliche

Geist ist; aber so wie nun eben der menschliche Geist an den 12
Körper gebunden ist, so haben auch die Lebensverhältnisse eine durchaus physische Basis, und so enthält jedes Lebensverhältniß einen körperlichen und einen geistigen Bestandtheil, welche beide in ihrer lebendigen Wechselwirkung eine bestimmte charakteristische Natur des Lebensverhältnisses zur Folge haben.

Bei den Familienverhältnissen ist das Bedürfniß und der Naturtrieb nach Gesellung, persönlichem Aneinanderschließen, und Sich-Schutz-Gewähren gleichsam der Körper des Ganzen, aber der Geist des Menschen macht, daß sich auf solchem Körper Verhältnisse aufbauen, in denen das Moment der Sittlichkeit, des geistigen Zusammenwachsens, der persönlichen Veredelung eben so sehr das Uebergewicht gewinnen, wie überhaupt der auf richtigem Wege gehende Geist den Körper beherrschen und überwiegen soll. Aber das Körperliche bleibt dabei immerfort in seinem Recht, und die physische Basis, auf der die Familie in aller Hinsicht als eine von der Natur uns mitgegebene Einrichtung ruht, macht es, daß sie sich nie dauernd verwischen kann, daß sie immer die dem Menschen am nächsten liegende Association bleibt, im Gegensatz zu der ebenfalls noch auf natürlicher Grundlage ruhenden Staatsassociation, und im Gegensatz zu den unendlich vielen ferneren Associationen, die (mit oder ohne allen weiteren natürlichen Anknüpfungspunkt) die Willkür und die Weiterbildung der Menschen aus dem ihm angeborenen allgemeinen Associationstriebe heraus erzeugt. Die körperliche Basis der Familienverhältnisse ist aber auch gerade das heilsame Gegengewicht, durch welches das oft ganz krankhaft und verdreht sich verirrende geistige Element der Menschen immer wieder von selbst auf den richtigen Schwerpunkt zurückgezogen wird; so daß z. B. alle die Versuche oder Ideen einer allgemeinen Weibergemeinschaft (so gut wie die des Communismus) nicht etwa lediglich durch geistige Widerlegung zurückgetrieben

gen Punkte iſt es wieder von der anderen Seite eine ungeheure Kluft, die die Menſchheit von der Thierwelt ſcheidet. Wir ſehen im menſchlichen Körper die große Stufenleiter der Schöpfung in Betreff der phyſiſchen Organiſation ſich ſchließen; wir können in einer wunderbaren Reihenfolge in der Floſſe des Fiſches, dem Huf des Pferdes, den Fingern des Menſchen eine einzige Organiſation verfolgen, wir finden ſo in allen Organen ein Aufſteigen vom Niederen zum Höheren. Aber dennoch iſt der Schritt vom höchſt organiſirten Thier zum menſchlichen Organismus ein ganz enormer, und was von der phyſiſchen Organiſation gilt, das findet auch in gleicher Weiſe in Betreff jener Naturſätze ſtatt, die für die Lebensverhältniſſe der mit actueller Bewegungskraft verſehenen Individuen ſchon auf einer gewiſſen geiſtigen Baſis ſich aufbauen.

Der inſtinctuellen, gebundenen Thätigkeit des Thieres tritt im Menſchen die freie, aufrechtſtehende, gen Himmel ſchauende, und wirklich auch bis in den Himmel dringende Geiſtesthätigkeit gegenüber. Wie der Körper ein höherer iſt, ſo auch der Geiſt, und wie der Geiſt, ſo auch die vom Geiſt gehandhabten Naturregeln über die Lebensverhältniſſe des Individuums. Während heutzutage mit größter Sorgfalt die phyſiſche Stufenfolge der Geſchöpfe bis zum Menſchen herauf verfolgt wird, verſchmäht es ſonderbarer Weiſe die Rechtswiſſenſchaft in wunderlichem Dünkel, die Stufenfolge der Lebensorganiſationen genau zuſammenzuſtellen, welche die Menſchheit mit der Thierwelt verbindet, und deren genaue Kenntniß die Annahme der großen Kluft zwiſchen Menſch und Thier freilich nicht im Geringſten verändern, aber doch die Wiſſenſchaft von vorn herein auf einen richtigeren Standpunkt für Erkennung der eigentlichen Grundelemente der menſchlichen Lebensverhältniſſe ſtellen wird.

Die geſammten Vermögens- und Familienverhältniſſe der Menſchheit ſind ſo geiſtig frei, wie es überhaupt der menſchliche

Geiſt iſt; aber ſo wie nun eben der menſchliche Geiſt an den 12
Körper gebunden iſt, ſo haben auch die Lebensverhältniſſe eine durchaus phyſiſche Baſis, und ſo enthält jedes Lebensverhältniß einen körperlichen und einen geiſtigen Beſtandtheil, welche beide in ihrer lebendigen Wechſelwirkung eine beſtimmte charakteriſtiſche Natur des Lebensverhältniſſes zur Folge haben.

Bei den Familienverhältniſſen iſt das Bedürfniß und der Naturtrieb nach Geſellung, perſönlichem Aneinanderſchließen, und Sich-Schutz-Gewähren gleichſam der Körper des Ganzen, aber der Geiſt des Menſchen macht, daß ſich auf ſolchem Körper Verhältniſſe aufbauen, in denen das Moment der Sittlichkeit, des geiſtigen Zuſammenwachſens, der perſönlichen Veredelung eben ſo ſehr das Uebergewicht gewinnen, wie überhaupt der auf richtigem Wege gehende Geiſt den Körper beherrſchen und überwiegen ſoll. Aber das Körperliche bleibt dabei immerfort in ſeinem Recht, und die phyſiſche Baſis, auf der die Familie in aller Hinſicht als eine von der Natur uns mitgegebene Einrichtung ruht, macht es, daß ſie ſich nie dauernd verwiſchen kann, daß ſie immer die dem Menſchen am nächſten liegende Aſſociation bleibt, im Gegenſatz zu der ebenfalls noch auf natürlicher Grundlage ruhenden Staatsaſſociation, und im Gegenſatz zu den unendlich vielen ferneren Aſſociationen, die (mit oder ohne allen weiteren natürlichen Anknüpfungspunkt) die Willkür und die Weiterbildung der Menſchen aus dem ihm angeborenen allgemeinen Aſſociationstriebe heraus erzeugt. Die körperliche Baſis der Familienverhältniſſe iſt aber auch gerade das heilſame Gegengewicht, durch welches das oft ganz krankhaft und verdreht ſich verirrende geiſtige Element der Menſchen immer wieder von ſelbſt auf den richtigen Schwerpunkt zurückgezogen wird; ſo daß z. B. alle die Verſuche oder Ideen einer allgemeinen Weibergemeinſchaft (ſo gut wie die des Communismus) nicht etwa lediglich durch geiſtige Widerlegung zurückgetrieben

12 werden, sondern auch schon einfach, wie der schwingende Pendel, durch eine höhere Naturkraft nach einiger Zeit von selbst wieder in Unthätigkeit versinken müssen.

13 §. 13. Es möge gestattet sein, bei den Vermögensverhältnissen noch etwas länger zu verweilen. Während in unserer Familie die Tendenz des Sich-Hingebens an den Anderen, der Ausfüllung der eigenen Persönlichkeit durch den Anderen vorherrscht, wird unser Vermögensgebiet von dem hier von vorn herein vorherrschenden Egoismus durchzogen. Nicht als ob für die Nutzung oder Verwendung des Vermögens dies irgend das Maaßgebende wäre (eine Frage, die ganz außerhalb des vom positiven Privatrecht erfaßten Gebietes liegt [1])), — wohl aber ist es für das Haben, das Erwerben und Verlieren des Vermögens das wenigstens in unseren Zuständen unauslöschliche Grundstreben der Verhältnisse, daß Alles möglichst scharf und abgetrennt um den einzelnen Privatmann sich sammle. Der Grund davon ist, daß die sämmtlichen Verhältnisse des Vermögens, und mögen sie noch so complicirt sein, immer auf ihre einfache Basis zurückstreben, daß sie stets dazu dienen, dem einzelnen Menschen seine physische Existenz zu gewähren, dauernd zu sichern, sie über den Begriff des Nothwendigen hinaus mit Annehmlichkeiten zu versehen, und der Privatperson einen Kreis der Macht zu geben, die ihm zu den verschiedensten Zwecken dienstbar ist. Dieses Bedürfniß der Existenz und der Vermögensmacht ist ein, von allen anderen Beziehungen an und für sich

1) Es giebt eine weit höhere Bedeutung des Eigenthums, die zu ermitteln Aufgabe der Rechtsphilosophie ist. s. Stahl, Phil. d. R. II. 1. S. 363 ff. (3. Aufl.). Von der anderen Seite aber ist der rein empirische Standpunkt, von dem aus wir hier das Eigenthum betrachten, ein vollständig dem practischen Rechtsstudium angehöriger. Wir gewinnen damit den Natursatz, den wir dem Rechtsinstitute des Eigenthums gegenüberzustellen haben.

gelöstes, Einzelbedürfniß, und die Einrichtungen, wodurch 13
sich der Mensch dasselbe befriedigt, müssen nothwendig, wo nicht besondere Gründe ausnahmsweise überwiegen, ebenfalls diesen Charakter der Concentration auf den Einzelnen, also eben des Egoismus, an der Stirn tragen.

So gestaltet sich die Herrschaft der Menschheit über die ihn umgebende Körperwelt, welche ihr zufolge ihrer geistigen Ueberlegenheit von selbst zufällt, naturgemäß, obgleich nicht mit absoluter Nothwendigkeit, als eine Einzelherrschaft, und aus dem Kerne des Privateigenthums heraus hat sich allmälig mit der Erweiterung und Verfeinerung des menschlichen Lebens der ganze große Baum des Privatvermögens entwickelt. Die erste und einfachste Stufe ist darin immer die Gesammtheit der Verhältnisse, in denen das Einzelsubject dem Einzelobjecte als auf dasselbe einwirkend gegenübersteht. Es ist dies die originäre unmittelbare Form, wie sie sich dem Menschen, der als Herrscher sich über die Natur stellt, auch historisch zuerst darbietet. Der einzelne Mensch vereinigt eine mehr oder weniger große Zahl von Naturobjecten unter sich, und durch die Herrschaft dieses Subjectes erscheinen die Objecte für die übrigen Menschen als zu einer geschlossenen Einheit verbunden. Das Subject zieht gleichsam einen Zauberkreis um die Objecte, er bannt sie unter seinen Willen, und dieser Kreis ist zugleich die Sphäre seines eigenen freien Schaltens und der Wall, den der Nebenmensch nicht übersteigen darf. Die Objecte sind subjectivirt worden, und nur von diesem Standpunkte aus kommen sie dem Menschen als Vermögen (in welchem Wort ja eben die subjective Macht, das was er vermag, hervorgehoben wird) in Betracht. Die Objecte um ihrer selbst willen interessiren den Menschen als Naturforscher, aber von dem Standpunkte des Vermögens aus existiren sie ihm nur so weit, als sie ihm seine subjective Existenz sichern und fördern.

13 Indem so der Mensch sich die Vermögensmacht sammelt, und die Objecte subjectivirt, gleichsam also die Sachen mit sich identificirt, so kommt es denn auch, daß er umgekehrt wieder sein eigenes Herrschen in die Objecte trägt, und sein Subject damit objectivirt. Es ist danach eine einfache Naturerscheinung, nicht eine zufällige Willkürlichkeit, daß z. B. der Mensch sein totales Herrschen über die körperliche Sache selbst als körperliche Sache behandelt, oder daß, wenn drei sich in die Herrschaft theilen, sie von der getheilten Sache sprechen. Es ist dies Objectiviren des Subjects ein so wichtiges zur Erklärung einer ganzen Reihe von Erscheinungen im Vermögensgebiete, daß eine weitere Verfolgung dieses Punktes hier zu weit führen würde.

Der das Vermögen beherrschende und zu einer Einheit verbindende Mensch erscheint in Betreff desselben einerseits als ruhig genießend, andererseits als mit demselben Veränderungen vornehmend. Diese letzteren betreffen den Erwerb und Verlust des Vermögens, wobei der Mensch einestheils der Natur selbst (als ihrem Schooß die Dinge für seinen subjectiven Kreis entnehmend oder sie ihm zurückgebend), anderntheils einem anderen ein Vermögen beherrschenden Subject gegenübertritt. In Hinsicht auf diesen letzteren Fall entwickelt sich der Verkehr des Vermögens.

Die primitive Anschauung, die die Menschheit von diesem Vermögensverkehr naturgemäß zunächst haben muß, und in der That auch historisch nachweisbar in älteren Zeiten hat, ist die, daß hier eben nur ein Wechsel im Herrschen des Subjects über das bestimmte Object statt findet. Vermögen ist Beherrschung der Objecte, und also Kauf oder Tausch ist zunächst Untergang dieser Herrschaft im einen Subject und Entstehung derselben im anderen. Aber die Anschauungen der Menschen verfeinern sich allmälig. Der bisher naturgemäß, aber einseitig, zunächst nur

dem Objecte zugewandte Blick des Menschen fängt ebenso na- 13
turgemäß an sich zu drehen, und selbständig auf das die Sache empfangende Subject sich zu richten. Der Uebergang des Vermögensstückes beginnt ein feineres Vermögensverhältniß hervorzurufen, zunächst so, daß das Sachenrecht in der Gestalt auf den Empfänger übergeht, wie es der Geber gehabt hatte, dann aber auch so, daß, schon vor dem Uebergange der Sache selbst, zwischen den beiden Subjecten ein Verhältniß auf Herbeiführung dieses Ueberganges anerkannt wird. Das letztere Verhältniß ist ein transitorisches, beweglicheres, das Streben nach eigenem Untergange in sich tragendes, es ist die Obligation. Einmal eröffnet, ruft diese Bahn eine unendliche Mannigfaltigkeit neuer Verhältnisse hervor, und so stellt sich allmälig neben das Vermögen in seiner Ruhe, wobei das Subject dem Objecte gegenübersteht, als ein zweiter großer, ja allmälig überwiegender Complex das Vermögen in seiner Bewegung. Es bildet in der naturalen Entwicklung der Vermögensverhältnisse dies letztere erst die zweite Stufe, aber es ist auch eine naturale Nothwendigkeit, daß die Menschheit zu derselben gelangt.

Das Subject, welches den ganzen Vermögenskreis zu einer Einheit macht, erhält hiernach noch eine wesentlich veränderte Stellung. Es ist nicht mehr bloß das auf sich selbst sich zurückziehende genießende Individuum in dem von ihm abgezirkelten Kreise, es ist das in den mannigfachsten Richtungen mit anderen Vermögenskreisen in Beziehung tretende geistig regsame Wesen, das sich in dieser seiner Stellung freilich noch immer mit materiellen, also niedrigeren Dingen beschäftigt, doch aber damit sich auch für höhere geistige und sittliche Bestrebungen und Thaten in höchst wirksamer Weise die Wege bahnt. Die Privatperson hat dieselben Phasen, und zwar früher, durchlaufen müssen, wie sie auch dem Staate beschieden worden sind. Die

13 Staaten des Alterthums sind in sich geschlossen, nur mit sich und ihrem Territorium beschäftigt; die neueren Staaten sind mit einander in die lebendigste Beziehung getreten.

Das Subject nun, dieses die irdischen Dinge beherrschende, durch Forderungen und Schulden mit anderen Nebenmenschen in Beziehung stehende Wesen, kann auch in den complicirtesten Verhältnissen den ursprünglichen Grundgesichtspunkt, auf dem unser Vermögen ruht, nicht außer Augen lassen. Das Vermögen dient zur Sicherung der Existenz des Individuums, es ist bei dem auf die Natur für sein Leben angewiesenen Menschen das Stückchen Natur, welches sich der Einzelne in seinen Lebzeiten zu erarbeiten, gleichsam zu humanisiren und mit seinem Geiste zu durchhauchen vermag. Hierin liegen nothwendig auch gewisse Grundsätze, wie ein Mensch in wahrhaft dem Zweck entsprechender Weise in Betreff des Vermögens sich zu verhalten hat. Da das Gut als solches gar nicht, sondern nur um der Menschen willen juristisch in Betracht kommt, so kann weder ein ungemessenes, auf die Bedürfnisse des Subjects gar nicht Rücksicht nehmendes Aufhäufen und Sparen, noch auch ein rücksichtsloses Verderbenlassen und Verschleudern des Vermögens als ein geeignetes erscheinen. — Es handelt sich aber nur darum, nun im Genaueren der Natur die Sätze abzulauschen, die, bis in's Einzelne hinein durchdacht, die Stellung eines guten Hausvaters ausdrücken. Und wenn die Römer in meisterhafter Weise dies in der That verstanden haben, so sollten wir doch wenigstens zunächst, indem wir es bewundern, uns klar machen, welchen Charakter solche Lehren wie die vom guten Hausvater haben. Wir sollten uns also vor Allem dessen bewußt werden, daß dies Natursätze sind, die dann nur weiterhin bei gewissen Rechtssätzen zur Verwendung kommen. Nicht einmal die richtige Verwendung bei den Rechtssätzen ist möglich, wenn wir nicht vorher den Natursatz als solchen vollkommen erkannt haben.

Die Römer aber vermogten mehr. Sie waren mit ihrem ein- 13
fach ungetrübten Blick im Stande, die Sätze selbst aus den Dingen zu abstrahiren, sie geistig also zu produciren. Die Bewunderung vieler späteren Jahrhunderte zeigt es, wie hier nicht ein willkührliches Hineintragen in die Dinge, sondern wirklich ein den Dingen Ablauschen, ein gleichsam die Dinge Redenlassen statt gefunden hat. Und wir sollten vor lauter Gelehrsamkeit zu einem solchen selbstthätigen Naturstudium, zu einem wahren Hineinleben in die uns umgebenden Lebensverhältnisse nicht mehr fähig sein? Oder sollten etwa die Römer, wie Alexander von Philipp meinte, uns Alles vorausgenommen haben, so daß hier nichts mehr zu thun bleibt, als es im Corpus juris nachzulesen?

Ich denke, wer Augen hat zu sehen, und sie wirklich einmal aufmachen will, der wird nicht zweifeln, daß hier wirklich der Alexander noch dem Philipp folgen kann. Und was unsere Kräfte betrifft, so ist das eine Frage, mit deren Beantwortung, wenn man sich nur erst den richtigen Standpunkt für die Entfaltung der Kräfte erarbeitet hat, man überhaupt in Voraus nicht zu viel Zeit verschwenden darf. Besser rüstig Hand an's Werk legen, und die, die nach uns kommen, urtheilen lassen. Wir werden es eben doch nicht ändern können, daß die pueri, qui nunc ludunt, judices erunt.

§. 14. Daß uns in der That bei unserer wissenschaftlichen 14
Thätigkeit der richtige Standpunkt noch fehlt, daß wir bei außerordentlich vielen Fragen die Natur der uns umgebenden Lebensverhältnisse ganz ununtersucht lassen, und ebendeßhalb gründlich fehl gehen, soll ich das noch im Einzelnen beweisen? Oder ist etwa die heutzutage vielbesprochene Frage, in welcher Weise, wenn der Beherrscher eines Vermögens gestorben ist und der Rechtssatz einen Uebergang des Gesammt-Vermögens auf den Erben festsetzt, in welcher Weise nun eigentlich dieser

14 Uebergang zu denken sei, — ist etwa diese Frage wohl in wahrhaft förderlicher Art erfaßt worden? Schwankt man nicht zwischen Interpretation der Pandektenstellen und einem dunklen Gefühl, daß man sich hier klar machen müsse, wie weit die Natursätze dabei reichen und wie weit eine an und für sich willkührliche Satzung sich daran anschließen müsse, mit einer Unsicherheit umher, daß man dabei zu ganz ungesunden, völlig in der Luft stehenden Resultaten gelangt?

Ein anderes Beispiel. Wenn wir die Frage aufwerfen, in wiefern ein Beherrscher eines Vermögenskreises sich in das Herrschaftsgebiet eines Anderen unberufen und doch in erlaubter Weise einmischen dürfe, meinen wir zur sicheren Antwort gelangen zu können, ohne das Leben selbst mit seinen verschiedenen Gestaltungen um Rath gefragt zu haben? Und wenn nun das Leben uns Fälle darbietet, in denen von jenem Vermögenskreise Schaden abgewendet, andere in denen Gewinnst ihm zugewendet worden, andere endlich in denen ein willkührliches und also auch durch den fremden Willen legitimirbares Eingreifen in die fremden Angelegenheiten statt gefunden hat, — was machen wir mit diesen drei, man mögte sagen, auf der flachen Hand liegenden Gestaltungen, die ein einziger sicherer Blick in's Leben uns entgegenführen muß? Wir gehen ruhig an ihnen vorüber, als wenn sie uns nichts angingen, wir lesen im Corpus juris und suchen uns aus einigen Stellen desselben ein „Princip" heraus, das nun wieder als Procrustesbette benutzt wird, um jene drei Gesellen, die uns gar zu ungehobelt in unseren juristischen Zauberkreis getreten waren, mit Abhauen und Ausrenken uns handgerecht zu machen.

Ich werde gerade diese Frage in dem folgenden Hefte einer weiteren Prüfung unterwerfen, und verzichte hier überhaupt darauf, weitere Beispiele einer verkehrten Behandlungsmethode

anzuführen. Es kommt darauf an, nicht bloß mit kurzen all- 14
gemeinen Bemerkungen eine Frage mit einer nota zu behaften, es muß im Einzelnen genau das Unrichtige nachgewiesen, das Richtige herausgearbeitet werden. Und dazu eben sollen die in diesem Werke folgenden einzelnen Untersuchungen dienen. Die allgemeine Theorie dagegen, ein wirklich zusammenfassendes, den ganzen Organismus der Lebensverhältnisse darstellendes Bild zu geben, ist überhaupt nicht der Zweck dieser civilistischen Studien. Ich habe davon in diesen Paragraphen nur einige Andeutungen geben wollen, fühle aber, wie wenig sie genügen, ich will nicht sagen die Sache selbst, nein auch nur meine eigenen Anschauungen über die Sache in das rechte Licht zu stellen. Doch aber werden sie hinreichen, bei unserer Frage von der Methode als Wegweiser zu dienen, wohin wir uns zu wenden haben.

Eins indessen muß ich noch, um die Andeutungen dieses Wegweisers vor Mißverständniß zu bewahren, ausdrücklich hinzufügen. Es kommt mir nicht in den Sinn zu meinen, daß man heutzutage nicht wüßte, die Kenntniß des Lebens und der Wirklichkeit sei eine den Juristen wichtige, ja nothwendige Sache. Ferner wird Niemand behaupten, daß nicht viele Dinge vollkommen richtig erkannt werden. Es giebt Sachen, die so sehr in die Augen springen, daß es gar kein Verdienst ist, sie zu sehen. Aber noch mehr. Es ist auch bereits in gar mancher Frage wirklich mit Verdienst, und oft gar nicht geringem, die tiefer liegende Natur gewisser Lebensverhältnisse erforscht und für die juristische Argumentation brauchbar gemacht worden. Wenn wir z. B. Savigny's Lehre vom Gelde[1]) lesen, so erkennen wir mit Freuden, wie in der lichtvollen durchsichtigen Darstellung die Natursätze, an die diese Lehre anzuknüpfen ist,

1) Obligationenrecht II.

14 vollkommen richtig durchschaut sind. Auch im Gebiete der Handelswissenschaft, die ich oben schon erwähnte, und an manchen anderen einzelnen Punkten hat die Nothwendigkeit uns an die Quelle geführt, aus der wir zu schöpfen haben.

Aber mit diesem Allen ist noch gar nicht getroffen, was ich meine. Daß wir, nur in vereinzelten Punkten und bloß wenn wir von der Nothwendigkeit getrieben werden, uns der Erforschung der Natur der Lebensverhältnisse hingeben; daß wir dies vorherrschend nur da thun, wo sich einmal eine von den Romanisten zu behandelnde, oder im Corpus juris nicht erwähnte Frage hervorgedrängt hat, während wir im Uebrigen unser Leben aus dem Corpus juris studiren, statt es zunächst selbständig zu erkennen und dann mit dem Römischen Leben zusammenzuhalten; daß wir die aus dem Leben zu schöpfenden Naturſätze meist mit völliger Gleichgültigkeit bei Seite schieben, und es unterlassen, sie insgesammt in ihrem genau in einander greifenden inneren Zusammenhange, zunächst noch ohne alle Rücksicht auf ihre Stellung zum Recht, zu prüfen; daß wir endlich, wo die Römischen Juristen sie erwähnen, sie ihnen gleichsam nur als eine historische Notiz nachsprechen, ohne auf eine innere wissenschaftliche Verarbeitung derselben uns irgend einzulassen [1]), — das, glaube ich, sind die Mängel, die es bewirken,

1) Meint man etwa, um noch ein Beispiel anzuführen, daß zwischen Genuß und Nutzung einer Sache einerseits und zwischen Tragen der Culturkosten, Impensen und sonstigen Lasten andererseits kein innerer naturnothwendiger Zusammenhang bestehe? Meint man aber etwa, daß dieser Zusammenhang zwischen commodum und incommodum (fr. 10. de reg. jur.) bei verschiedenen Gränzen der Nutzung zu einfach wäre, um eine wissenschaftliche Untersuchung über ihr factisches Gleichgewicht unnöthig zu machen? — Ein Streiflicht auf diese Frage, freilich aber keine selbständige Untersuchung wird in dem folgenden Hefte vorkommen, wobei wir sehen werden, daß die Römer diese Frage wahrlich nicht des Durchdenkens für unwerth gehalten haben.

daß unsere Wissenschaft von vorn herein nicht auf dem selb- 14
ständigen Schwerpunkte ruht, den sie sich nothwendig errin-
gen muß.

B. Die Erforschung der Natur im Recht.

§. 15. Das Recht ist der Complex der Sätze, die, als 15
Norm für die Lebensverhältnisse der Menschen, Gesetz und Ge-
wohnheitsrecht fixirt haben. Ueber diese beiden Quellen des
Rechts haben erst in neueren Zeiten gesunde Ansichten sich wie-
der Bahn gebrochen, Ansichten, die man zunächst, nach der Auf-
fassung des Corpus juris als eines regelmäßig zur Anwendung
kommenden Ganzen, lediglich als Römisches Recht vortrug, und
einem einzelnen recipirten Römischen Rechtsinstitut, wie
Servitut und Kauf, gleich behandelte. In der Folge hat schon
ein richtiger Tact dahin geführt, dem Römischen Rechte in die-
ser Frage eine solche Art von Geltung abzusprechen, wenn gleich
dies noch heutzutage vielfach auf ganz unrichtige Gründe gestützt
wird. So z. B. soll es sich hier um Grundsätze des Römischen
Staatsrechts handeln, während nur das Privatrecht bei uns re-
cipirt wäre; ein Grund, von dem weder der Vordersatz noch der
Nachsatz richtig ist.

Die Frage, wie das Recht in der Menschheit entsteht, und
welches die Organe seiner Bildung sind, hat eine ganz gleich-
artige Stellung, wie die von der Bewegung der Erde um die
Sonne, oder von der Entwicklung der Sprache unter den Men-
schen. Wir müssen dabei scheiden, das was wirklich ist, und
was die Menschen in Betreff dieses Punktes in verschiedenen
Zeiten für wahr gehalten haben. Die Erde bewegt sich nach
unwandelbaren Naturgesetzen um die Sonne, aber es hat lange
Zeit gedauert, ehe wir dieselben ganz und in ihrer vollen Wahr-
heit haben kennen lernen. Die Gesetze über die Entstehung der
Sprache sind ebenfalls den Menschen erst allmälig klarer gewor-

den, aber ist darum nicht die Sprachentwicklung selbst ihren constanten über dem Willen der einzelnen Völker und Generationen stehenden Gang gleichartig fortgegangen? Und nun endlich das Recht? Auf welchem Wege sich bei allen Völkern zu allen Zeiten die Rechtssätze verkörpern, das steht über dem augenblicklichen Willen der Menschen. Der Staat, und damit der Gesetzgeber, bildet sich durch eine höhere Nothwendigkeit; das aus der Volksgesammtheit, ohne Rücksicht auf ihre staatliche Organisation, sich entwickelnde Recht, das Gewohnheitsrecht, erscheint von vorn herein als etwas, das sich noch weit mehr als das Gesetz über die Willkühr der Menschheit erhebt, und sich, weil dadurch die Grundlagen nicht bloß des Privatrechts, sondern auch gerade des Staats geschaffen werden, als die primäre Rechtsquelle, im Gegensatz zu der secundären des Gesetzes, herausstellt. Die Art nun, wie sich innerhalb der Menschheit zu allen Zeiten in allen Völkern das Recht durch Gewohnheit und Gesetz zu positiver Geltung bringt, ist etwas in sich Feststehendes, auch wenn die Menschen ganze Zeiträume hindurch unrichtige Ansichten darüber gehabt haben. Es sind Natursätze, auch wenn die Welt einstweilen sie verkannte. Es hat immer Gewohnheitsrecht gegeben, auch wenn man es zeitweise unter das Gesetzesrecht ganz subsumirte. Die Erkennung der Wahrheit macht nicht erst das Licht, sie läßt es nur in unsere Augen kommen.

Solche Natursätze über die Rechtsentstehung können nun auch in den geltenden Rechtsquellen ihre Aufnahme gefunden haben, aber es gilt auch hier, was ich schon oben bemerkte, daß, wo sich nicht der besondere Wille des Rechtssatzes ersehen läßt, vom Natursatz abzuweichen oder ihn auf alle Fälle zu fixiren, der Rechtssatz sich ganz dem Inhalte des Natursatzes conformirt, daß wir also auch im Gebiete des Rechts nur zur Anwendung zu bringen haben, was wir als Naturwahrheit er-

kannten. Gar keine andere Bedeutung hat denn auch die Aufnahme der Römischen Lehre von der Entstehung des Rechts.

Diese heutzutage vorgetragene Lehre ist nun aber eine durchaus einseitige. Wir erfahren damit, daß der Wille des Gesetzgebers, also der zum Staat organisirten Vereinigung, und ferner der Wille des Volks, in seiner unorganisirten aber darum doch ein Rechtsbewußtsein hegenden Gesammtheit, also daß überhaupt der Wille einer Gesammtheit das Recht ist, das dann eben in dem Kreise dieser Gesammtheit positive Geltung hat. Das nennen wir nun Rechtsquelle. Aber haben wir denn gar nicht weiter zu fragen, woher dieser Wille sich seinen Stoff nimmt? Ist es denn für die Kenntniß einer Quelle bloß von Wichtigkeit, die Einrichtung der Oeffnung zu kennen, aus der das Wasser hervorsprudelt? Ist es nicht wenigstens ebenso wichtig zu wissen, wie die weiter umausreichende Lage der Erdschichten sei, die es bewirken, daß jener Quelle unterirdisch jenes Wasser zufließe?

In dem Gebiete des Rechts ist es ein tief eingreifender, in seinen inneren Zusammenhängen noch wenig verfolgter Satz, daß, was als eine juristisch genügende, von menschlicher potestas ausgehende Thatsache auftreten soll, aus einem äußerlichen (formellen) und einem innerlichen (materiellen) Elemente bestehen muß. Corpus und animus bei der Besitzergreifung, die äußere That und der Wille bei der Begründung des Domicils, Uebergabe der Sache und justa causa bei der Tradition, formelle und (richtig verstandene) materielle causa bei obligatorischen Verträgen u. s. w. u. s. w., das Alles erklärt sich aus gewissen gemeinsamen tiefer liegenden Principien. Und sollten diese etwa, wo es sich nicht um den besonderen Willen, sondern um den Gesammtwillen, das objective Recht, handelt, anders sein können? Wahrlich nicht! Auch hier müssen wir das formelle und das materielle Element scheiden, wir haben sowohl

15 die äußere Erſcheinung, als auch die innere Qualität des Geſammtwillens (die natürlich ganz etwas Anderes iſt als der concrete Inhalt des durch dieſen Willen Hervorgerufenen), jede in ihrer Selbſtändigkeit zu prüfen.

Was umfaßt denn nun die Lehre vom Geſetz und Gewohnheitsrecht? Offenbar lediglich die Antwort über die äußeren Entſtehungsmomente, die formelle *causa* des Rechts. Die Antwort aber in Betreff der inneren Qualität, der materiellen *causa* des Rechts (die alſo nicht der Inhalt des Rechtsſatzes iſt), fehlt in den heutigen Darſtellungen gänzlich. Es iſt dies aber um ſo nachtheiliger, da, wie eben ſchon hervorgehoben wurde, der zum Recht ſich geſtaltende Geſammtwille nicht ſo, wie vielfach der beſondere Wille, im Großen und Ganzen ein von der freien menſchlichen Willkühr abhängiger, ein ſpontaner iſt. Das Recht iſt ein Geſchenk Gottes, wie überhaupt die natürliche Mutter des Rechts, der Geiſt des Menſchen, ein Geſchenk Gottes iſt. Aber wer, fragen wir, iſt denn der Vater des Rechts? Gott ſchenkt uns das Recht nicht durch Offenbarung, ſondern er giebt es uns auf dem Wege eines natürlichen Entwicklungsproceſſes. Die inneren Bedingungen dieſes Proceſſes zu erforſchen, muß uns daher von ſehr großer Bedeutung ſein.

16 §. 16. Eine höchſt eigenthümliche Erſcheinung bietet in unſerer heutigen Literatur die Lehre vom jus gentium dar. Sie wird in die Rechtsgeſchichte verwieſen, in den Pandektencompendien findet man davon höchſtens einige hiſtoriſche Notizen, die eben nicht dahin gehören.

In Betreff der geſchichtlichen Entwicklung des Römiſchen Rechts iſt die Hervorhebung des jus gentium nun freilich eine allbekannte, man mögte faſt ſagen: abgedroſchene, Sache. Daß die Vollendung des Römiſchen Rechts vorzugsweiſe in der freien Entfaltung des jus gentium ſeinen Grund hat, weiß Jeder.

Obgleich bisweilen dabei noch allerlei nicht ganz richtige An- 16
schauungen mit unterlaufen, und man namentlich viel zu viel Gewicht auf die Rechtserweiterung legt, die von Außen in's Römische Recht hineingedrungen wäre, während dieselbe vorherrschend ein Sprengen der Hülle von Innen heraus war, — so ist doch im Allgemeinen die heutige Anschauung von der historischen Bedeutung des jus gentium eine richtige. Man erkennt auch an, daß, abgesehen von einigen Punkten (namentlich im Sklavenrechte), die Römer jus gentium und jus naturale gleichbedeutend nahmen. Es sind freilich beide Ausdrücke von verschiedenen Momenten hergenommen, also an und für sich verschiedene Begriffe. Der eine, vom Umfang der Geltung des Rechts ausgehend, bezeichnet das den verschiedenen Völkern gemeinsame Recht. Der andere, den Stoff, aus dem der Rechtssatz besteht, charakterisirend, hebt hervor, daß der Grund desselben die naturalis ratio ist. Beide Momente aber treffen meist zusammen; das auf der naturalis ratio ruhende Recht ist, eben weil es auf der naturalis ratio ruht, auch vorherrschend jus gentium.

Das jus naturale ist nun den Römern durchaus kein philosophischer Begriff, er dient ihnen rein und lediglich zur Bezeichnung eines gewissen Charakters des positiven Rechts. Nur einmal haben sie es versucht, die Vergleichung einiger Rechtsverhältnisse der Menschheit (Ehe und Elternrecht) mit den parallel gehenden Naturverhältnissen der Thiere (maris atque feminae conjunctio; liberorum procreatio et educatio) unter den gemeinsamen Gesichtspunkt des Rechts, *jus* naturale (also natürlich nicht des practisch unter den Menschen geltenden, sondern eines allgemeineren philosophischen Begriffs des Rechts) zu bringen [1]). Es ist dies eine werthlose Uebertreibung des im Uebrigen einen ganz festen und positiven Boden einnehmenden

1) Pr. J. de jure nat. gent. et civ.

16 Begriffs von jus naturale; wenn es nicht vielleicht nur als eine ungeschickte Ausdrucksweise für das anzusehen ist, was wir oben besprochen haben, und dessen genauere Verfolgung gerade von der größten Bedeutung sein würde. Die Keime des Rechts in der Thierwelt wissenschaftlich zu verfolgen, — zu entwickeln, wie das, was sich unter der Thätigkeit des menschlichen Geistes zu Rechtssätzen gestaltet, bei den Thieren bereits in instinctuellen Naturſätzen auftritt, — ist eine Sache von der ernstesten Wichtigkeit. Es ist aber nur verkehrt, daß, wenn die Römer darauf hinweisen, sie dabei die gemeinsamen Naturſätze, die die Thierwelt und die Menschenwelt mit einander verbinden, mit dem Ausdrucke des Rechts bezeichnen.

Jedenfalls wird von diesem Punkte die Hauptsache gar nicht berührt, nämlich die Methode der Römer, mit größter Sorgfalt die Natur in ihrem Rechte aufzusuchen, und danach den Rechtsinstituten, in denen sie dergleichen fanden, in ihrer ganzen wissenschaftlichen Verarbeitung den naturalen Stempel aufzudrücken. Diese Methode tritt wahrlich nicht bloß in den Terminologien von civilis und naturalis possessio, acquisitio, obligatio, cognatio u. s. w. hervor. Wer unbefangen an die dogmatischen Expositionen der Römischen Juristen herantritt, dem kann es gar nicht entgehen, daß dies der Grundstandpunkt ist, von dem aus sie die ganze Analyse der Rechtsinstitute immerfort anlegen. Ich will mich hier noch nicht auf die genauere Verfolgung von Beispielen einlassen, sie werden sich, denke ich, zur Genüge und mehr als nöthig ist, vorbringen lassen. Will Jemand vorerst ein Beispiel, so lese er in den Quellen nach, wie die Römischen Juristen das System der Condictiones indebiti [1]), ob causam dato-rum, ob turpem und injustam causam, und sine causa, also

1) Fr. 15. pr. de cond. ind. — Indebiti soluti condictio *naturalis* est; *et ideo* etiam quod rei solutae accessit venit in condictionem.

einen Klagencomplex behandeln, der gerade an die stricti jur. 16
obligationes angelehnt wurde; wie sie darin den naturalen Boden aufsuchen, und mit welcher bewunderungswerthen Feinheit sie dann, indem sie mit diesem Boden den richtigen Standpunkt gewonnen haben, mit verhältnißmäßig ganz einfachem Material und ohne daß der Prätor auch wohl nur einmal die Formeln für jene Klagen fixirt hätte, den vortrefflichsten Bau aufführen. Wer nicht bloß die Sätze der Römer nachsprechen und den Ballast des über diese Sätze Gesagten durcharbeiten, sondern wer sich geistig vergegenwärtigen will, wie die Römer in der That gebaut haben, der wird in diesem, aber auch in vielen anderen Beispielen, Gelegenheit haben, ihre Methode zu erkennen und den Geist zu erfassen, der das Gebäude hat entstehen lassen.

Wie verhalten wir uns nun zu dieser Methode der Römer? — Ist es etwa zu hart, wenn ich in dieser Hinsicht unsere Romanistische Wissenschaft mit dem Papageien vergleiche, der gewisse eingelernte Worte ohne Verständniß nachspricht? Man interpretirt allerdings wohl mit Scharfsinn und Geist die Römischen Juristen, aber davon ist hier nicht die Rede. Leben uns etwa selbständig die Begriffe des jus naturale, auf denen die Römischen Juristen sich eine große Zahl von Instituten aufgebaut haben? Ist uns solch ein Satz des jus naturale, den wir aus einem Pandektenfragment getreulich referiren, ist er uns etwa ein anderes Ding als jeder beliebige andere Ausspruch des Juristen?

Ich will ein Beispiel aus vielen geben. Bei der bekannten Frage, ob es ein bestimmtes Princip gebe, demgemäß eine exceptio den naturalen Bestandtheil einer Obligation tilge oder bestehen lasse, wie ist man da verfahren? Ein langer Streit über den Charakter der exceptio, jenachdem sie in odium creditoris oder in favorem debitoris gegeben sei, mußte das Ziel verfehlen, weil man übersah, daß das Begriffe seien, die nur

16 auf *jus singulare*, auf privilegia odiosa und favorabilia (wie ſie im SC. Macedon. und Vellej. auftreten) Anwendung finden können. Aber wie nun auf dem Gebiete des jus *commune*? Iſt es wohl irgend Jemand eingefallen, ſelbſtändig ſo zu argumentiren: wenn eine Obligation auf jus naturale gebaut iſt, und eine exceptio ihr gegenübertritt, ſo wird es doch wohl darauf ankommen müſſen, ob dieſe exceptio ſelbſt wieder dem jus naturale angehört oder nicht. Im erſteren Falle wird die obligatio naturalis untergehen, im anderen aber beſtehen bleiben. Da uns die Begriffe des jus naturale practiſch ganz unlebendig ſind, ſo ſuchte man ſtatt ſolcher Unterſuchungen natürlich lieber nach Stellen in dem alleinſeligmachenden Corpus juris. Und nun fand man in der That eine ſolche [1]). Aber ich frage den Unbefangenen, liefert nun etwa die Art, wie die Frage, ſelbſt in Gemäßheit jener Stelle, die einfach die obige Argumentation ausſpricht, in neuerer Zeit von verſchiedenen Seiten beſprochen und abgefertigt worden iſt, liefert ſie einen Beweis, daß man die Weiſung des Römiſchen Juriſten, die man ſich aber auch ſchon ſelbſt hätte geben müſſen, ſelbſtthätig zu verarbeiten verſtanden habe? Ich glaube nicht, daß dies bejaht werden darf.

Man wendet vielleicht ein: ſolche Begriffe des jus naturale ſind ganz vag, ſchwankend, und von Jedem anders geſtaltet. Eine ſcharfe, eines poſitiven Bodens bedürftige Rechtswiſſenſchaft vermag damit nichts anzufangen.

Sonderbar! Haben doch die Römer es verſtanden, etwas damit zu machen. Ja noch mehr. Wir erkennen es ausdrücklich und allgemein an, daß das Bewundernswertheſte im Römiſchen Recht die freie Entfaltung des jus gentium ſei, alſo

1) Fr. 66. de reg. jur. — *Desinit* debitor esse is, qui nactus est *exceptionem* justam (d. h. eine civilrechtlich gültige), *nec ab aequitate naturali abhorrentem.*

des jus gentium, welches mit dem jus naturale meistens iden- 16
tisch ist. Und was im Allgemeinen bewunderungswerth am Römischen Rechte ist, das sollte im Einzelnen eine Sache sein, die keine scharfe Prüfung vertrüge, und mit einer präcisen Jurisprudenz nicht vereinbar wäre? — Das sind Widersprüche, die auf der Hand liegen, aber es ist damit noch nicht genug. Es wird allgemein anerkannt, daß das Römische Recht in der Stellung eines freieren und wissenschaftlich ausgebildeten jus gentium zu uns nach Deutschland herübergekommen sei, es wird (und zwar ganz richtig) darin der Hauptwerth, den für uns das Römische Recht habe, hervorgehoben. Also dies jus gentium, das eben auf der naturalis ratio ruht, das ist auch für uns in Deutschland das eigentlich Wichtige, aber mit den Principien dieser naturalis ratio selbst ist nichts zu machen!

Nur eine falsche Richtung kann es sein, die zu solchen Widersprüchen führt. Nur eine völlige Unbekanntschaft, ein Mangel an wissenschaftlichem Verständniß kann die Ursache sein, daß man sich auf ein lebendiges Verwenden der naturalen Principien des Rechts gar nicht einläßt. Wer aber es erst einmal versucht, an diesem Punkte mit seinem Nachdenken einzudringen, und einen genaueren Einblick in das ganze Gebäude der naturalis ratio sich zu verschaffen, der wird, sollte ich denken, erfahren, daß ein Moment kommt, wo es ihm wie Schuppen von den Augen fällt.

§. 17. Man erkennt, wie ich schon im §. 8. bemerkte, es 17
heutzutage an, daß man bei jedem Rechtssatze zunächst zu prüfen habe, ob derselbe dem jus singulare angehöre oder nicht, ob also darin überhaupt eine *ratio* juris zu finden sei. Das, was sich so als singuläres Recht erweist, ist, eben weil es immer einer ratio juris entgegensteht, stets in seinen einmal gesetzten beschränkten Gränzen zu bewahren. Das regelmäßige Recht dagegen muß auf seine Principien (rationes juris) zurückgeführt

17 werden, es sind danach die Rechtssätze der an ihnen meist kle-
benden äußeren Zufälligkeiten zu entkleiden, und die volle und
reine Herrschaft der Principien ist auf alle darunter gehörigen
Fälle zur Anwendung zu bringen.

Was sind denn nun aber diese Principien, diese rationes juris? Eine Antwort darauf geben unsere Neueren nicht. Sehen wir aber genauer bei den Römern zu, so finden wir in der That eine solche. Und mehr noch, wir finden nicht etwa bloß eine abstracte, vielleicht unausführbare Theorie, sondern eine so vollständige Durchführung der im Allgemeinen ganz einfachen theoretischen Sätze, ein bis in das feinste Detail des gesammten Rechts erkennbares Hindurchdringen der Grundanschauungen, daß wir eben dadurch erst den Werth jener Grundideen recht zu würdigen in den Stand gesetzt werden. Endlich aber, was die Hauptsache ist: das, was wir im Römischen Rechte finden, ist nicht etwa eine Willkührlichkeit, es ist etwas aus dem Wesen des Rechts überhaupt sich unmittelbar Ergebendes, es liegt eine leicht nachweisbare absolute Wahrheit darin. — Ich habe dies nunmehr im Einzelnen darzulegen.

Das Recht ist ein bestimmter Wille der Gesammtheit. Das Object, worauf sich die Regeln des Rechts beziehen, sind die Lebensverhältnisse der Menschen. Diese tragen, wie wir gesehen haben, eine bestimmte Natur bereits in sich, sie richten sich zunächst nach den Regeln, die wir die Natursätze genannt haben. Aber nach der ganzen Bedeutung der Lebensverhältnisse, auf die sich überhaupt das Recht bezieht, genügt dies offenbar nicht. Das Recht umfaßt insgesammt diejenigen Beziehungen der Menschen unter einander, die wir gewissermaßen aus gröberem Stoff zusammengesetzt und wiederum festerer Bindemittel bedürftig finden. Die Menschheit bedarf in Betreff derselben einer äußeren Satzung, und solche Satzungen bilden sich nun eben mit höherer Nothwendigkeit in den Glede-

rungen, in die überhaupt die Menschheit zerfällt, in den Ge- 17
sammtheiten nämlich, die wir Volk und Staat nennen.

Vergleichen wir dies einmal mit den Sitten und mit der Sprache. Die Sitte z. B., sich zu bekleiden, ist eine wenigstens in unseren Gegenden durchaus naturgemäße. Eine höhere Naturnothwendigkeit drängt uns dahin. Dabei aber macht es sich wiederum von selbst, daß der Mensch regelmäßig gewisse Theile, wie Gesicht und Hände, unbekleidet läßt, daß er für die bedeckten Theile eine Art des Stoffes wählt, die dem Klima, der Lebensart, dem individuellen Behagen entspricht. Alles dies können wir in einem weiteren Sinn auch Natursätze nennen, ähnlich wie die Thierwelt (nur freilich ganz ohne ihr eigenes Zuthun) ein dem Klima, der Lebensweise, den einzelnen Körpertheilen entsprechendes Fell trägt. — Neben diesen Natursätzen in Betreff der Bekleidung finden wir nun aber die Menschheit noch Sätze ganz anderer Art befolgen. Eine Landestracht, die jetzigen Pariser Moden, oder endlich eine gewisse von einem Stande sich selbst vorgeschriebene Kleidertracht, also ein bestimmter Schnitt, bestimmte Farbe, bestimmte Anlegungsart der Kleider, die oft dem individuellen Behagen ganz widersprechen, sind äußere Satzungen, die für den Einzelnen eine gewisse äußere Zwangskraft haben, und die, mit dem Rechte parallelisirt, ganz dieselbe Stellung einnehmen, wie im Gebiete des Rechts Gewohnheit und Gesetz. Auch die tieferen Antworten, weßhalb die Menschen in Betreff der Kleidung solcher äußerer Satzungen bedürfen, und thatsächlich allenthalben auf Erden unter denselben leben, und weßhalb andererseits die Menschheit nie und nirgends ohne positives Recht existiren kann, stimmen in ganz wesentlichen Punkten überein.

Blicken wir auf der anderen Seite noch nach der menschlichen Sprache hinüber. Eine Naturnothwendigkeit giebt und gestaltet, bei der physischen Anlage des Menschen, die Sprache. Zunächst

17 ſind es nun eben nur Naturſätze, die in der Menſchheit, und dann wieder in den einzelnen Völkern, in die ſie ſich zerſpaltet, befolgt werden. Das Volk auf einem niedrigeren Standpunkte der Ausbildung befolgt gewiſſe conſtante Regeln, die wir jetzt bei fortgeſchrittenem Studium genau erkennen können, von denen aber das Volk früher gar keine Ahnung hatte. Alle im Volke befolgten auch gleichmäßig dieſe Regeln, aber ſie thaten es unbewußt und als ſich von ſelbſt verſtehend, ohne äußere von einer Geſammtheit von Menſchen ausgehende Satzung. Sie thaten es ebenſo, wie in einem Volke die Zeit des Mittagsmahls im Allgemeinen eine und dieſelbe zu ſein pflegt, und wie ein Volk es unterläßt, ſein Geſicht und ſeine Hände mit Kleidern zu bedecken. Aber die Sprache iſt ein Ding, in Betreff deſſen ſich in der Menſchheit auch allmälig das Bedürfniß nach äußerer Satzung entwickelt, und das was hinſichtlich des Rechts von Anfang an in der Menſchheit gilt und nur mit dem Fortſchreiten der Menſchheit noch immer umfaſſender wird, das treibt bei der Sprache erſt in hiſtoriſch klar vor uns liegenden Zeiten ſeine genau erkennbaren Keime. Iſt nicht die Reception einer gemeinſamen Alle bindenden Schriftſprache, oder die allgemeine Annahme, daß irgend eine beſtimmte Stadt oder Gegend die Sprache des ganzen Volkes am reinſten ſpreche, durchaus dem Gewohnheitsrechte parallel, und iſt nicht ein von einer Academie oder auch einem einzelnen beſonders hochgeachteten Gelehrten verfaßtes Wörterbuch durchaus im Stande, die Stelle eines grammatiſchen Geſetzbuchs einzunehmen?

18 §. 18. Die äußere Satzung, die Gewohnheitsrecht oder Geſetz für die Lebensverhältniſſe hinſtellen, iſt, ihrem Inhalte nach, dem Willen der rechtſchaffenden Gewalt an und für ſich ganz frei überlaſſen. Nicht etwa ein allgemeines Natur- oder Vernunftrecht ſteht als eine höhere Norm wieder über jener Gewalt, mit der Nöthigung, in den den Menſchen geſetzten

Rechtsbestimmungen eigentlich nur jenes Naturrecht zur Aus- 18
sprache zu bringen.

Wenn wir aber auch sagen, der Wille der rechtschaffenden Gewalten ist an und für sich frei und ungebunden, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß wir uns die verschiedenen Gestaltungen dieses Willens, in denen er überhaupt denkbarer Weise nur auftreten kann, in die begriffsmäßigen Klassen zusammenordnen. Wer frei ist in seinem Willen, von dem läßt sich doch schon voraussagen, welche Wege überhaupt vor ihm liegen, unter denen er zu wählen hat. — Die Antwort, die wir in Betreff dieser Klassen zu geben haben, muß also jedenfalls die Gründe enthalten, welche den Willen aufregten, sich so oder so zu entscheiden. Diese Gründe sind, wenn wir den obigen Vergleich wieder aufnehmen sollen, der befruchtende Keim, der, in den Schooß der Mutter Erde gelegt, die Pflanze des Rechts emporschießen läßt.

Wie aber, fragt man vielleicht, werden sich alle mannigfachen Gründe, von denen getrieben das Recht durch Gewohnheit oder Gesetz geboren wird, zu einer wissenschaftlichen Zusammenfassung eignen? Das eine Mal entsteht ein Gesetz lediglich nach dem Satze: tel est notre plaisir, dann wieder wird es umgekehrt nach sorgfältigster Berathung möglichst den bestehenden Verhältnissen angepaßt, dann einmal ist es der leidige Zufall, der mittelst eines unüberlegten Amendements in Zusammenhalt mit einem anderen Gesetzesparagraphen irgend eine Rechtsbestimmung hervorgerufen hat. Und von der anderen Seite das Gewohnheitsrecht —, ist sein materieller Erzeugungsgrund nicht auch ganz wechselnd und gleichgültig? Hier führt die rohe Hand des Eroberers oder der Revolution zunächst auf dem Wege der Gewalt etwas ein, bis es dann endlich durch langeingewurzelten Besitz, durch eine dem factischen Bestehen gleichsam unterwachsende opinio necessitatis gesühnt und zu ge-

wohnheitsrechtlichem und eben rechtlichem Bestehen hinübergeführt wird. Dort ist es rein die willkührliche Anschauung eines Volkes, welche einen Rechtssatz hervorruft, von dem man ebenfalls sagen kann: tel est notre plaisir. — Was soll ich noch alle möglichen anderen Gründe, die den Rechtssatz hervorrufen, aufzählen? Was aber, fragt man, wird es nützen, sie sich in gewisse Klassen zusammenzuordnen?

Dagegen muß geantwortet werden, daß eine solche Art der Aufzählung und Zusammenstellung nach äußeren Criterien, wie sie in dem eben Gesagten angedeutet ist, allerdings wenig frommen, daß sie aber auch eine ganz unwissenschaftliche sein würde. Eine wissenschaftliche Charakteristik der eigentlich zeugenden Kraft, der die Rechtssätze ihr Dasein verdanken, kann nur von folgenden ganz anderen Momenten ausgehen.

Das Recht betrifft Lebensverhältnisse, die schon in sich selbst Regeln tragen, nach denen sie bestehen. Diese Regeln sind die Natursätze. Das Recht aber besteht aus Regeln, die der Gesammtwille eines größeren oder kleineren Kreises von Menschen setzt. Es bedarf die Menschheit, aus Gründen denen sie nie entgehen kann, der äußeren Satzung von Seiten jenes Gesammtwillens, der dann auch, nach geschehener Satzung, über die gehörige Beobachtung der Regel mit äußeren Zwangsmitteln, die der Richter handhabt, wacht. — Die erste Frage nun aber über den inneren Charakter, über, wenn ich so sagen soll, den Stoff der Rechtssätze, kann doch offenbar nur die sein, wie sich dieselben zu jenen Natursätzen verhalten?

Beide stehen an und für sich einander selbständig gegenüber. Ebenso wie wir oben schon gesehen haben, daß die Wahrheit eines Natursatzes nicht davon afficirt werde, daß ihm etwa das positive Recht eines bestimmten Landes widerspreche, so ist auch hier in Betreff der Rechtssätze von vorn herein anzuerkennen,

daß ihnen zum Theil ein Gebiet zugewiesen ist, in welches jene Naturſätze gar nicht einzudringen vermögen. Eine Volks- und Staats-Gemeinſchaft kann und muß durch ihren Willen Vieles feſtſtellen, was mit der Natur der Lebensverhältniſſe entweder gar nichts zu thun hat (wie z. B. daß der juriſtiſche Tag Mitternachts 12 Uhr beginnen ſoll u. ſ. w.), oder was durch die Regeln der Natur nicht ſcharf und beſtimmt genug erkennbar dem Rechtsleben dargeboten wird (wie z. B. wann genau ein Kind als geboren zu betrachten, wann ein geborenes Kind als concipirt anzuſehen ſei u. ſ. w.). Ja es kann ſogar kommen, daß aus practiſchen Bedürfniſſen ſich ein directes Entgegentreten der Rechtsſätze gegen die Naturſätze rechtfertigt, daß alſo z. B. Jemandem, den wir als den Eigenthümer einer Sache annehmen, durch bloßes längeres Beſitzen von Seiten eines Anderen ſein Recht ſoll entzogen werden können, oder daß Einem, der in Wahrheit eine Forderung hat, dieſelbe durch den unrichtigen Spruch eines von der Geſammtheit zur Ueberwachung des Rechts geſetzten Richters ſoll verloren gehen, oder daß einem ſäumigen Klagberechtigten nach Ablauf einer gewiſſen Zeit nicht mehr ſoll geſtattet ſein, ſeine Klage vor dem Richter anzubringen; u. ſ. w.

Trotz dieſes Gegenſatzes aber zwiſchen Natur- und Rechtsſätzen iſt es doch einleuchtend, daß Beide in einem noch überwiegenderen Maaße zuſammentreffen und einander decken müſſen. Geſetz und Gewohnheitsrecht *können* in einem unendlich weiten Gebiete gar kein Intereſſe, gar nicht den Willen haben, die in den Lebensverhältniſſen ſteckenden Naturſätze irgend zu alteriren. Vermöge der überhaupt der Menſchheit zu Theil gewordenen geiſtigen Freiheit kann im einzelnen Fall freilich die rechtſchaffende Gewalt dem Naturſatze entgegentreten, ſie ſteht alſo in dieſer Hinſicht formell *über* der Natur. Aber von der anderen Seite iſt im Rechtsgebiete die Menſchheit *materiell* der

18 Natur in einer weit überwiegenden Weiſe unterworfen. Ein willkührliches grundloſes Anſtemmen gegen dieſelbe rächt ſich immer, der Satz fiat justitia et pereat mundus, der eben ſolches willkührliches Anſtemmen oft hat beſchönigen ſollen, dreht ſich einfach von ſelbſt um; nicht die Welt, wohl aber jene dagegen Anſtürmenden gehen zu Grunde. — Aber ſolches grundloſes Meiſternwollen der Natur durch den Menſchenwillen, ſolches Sichüberheben über den der Menſchheit zugewieſenen Standpunkt, iſt auch überhaupt nur in beſchränktem Gebiete möglich, in weit umfaſſenderer Weiſe kommt es eben gar nicht vor, weil die Folgen davon Jedem von vorn herein ſo einleuchtend ſind, wie wenn er ſeinem Körper die phyſiſche Nahrung entziehen wollte. Nie auf Erden wird es als Rechtsſatz eingeführt werden, daß z. B. der Menſch erſt zwölf Jahr nach ſeiner phyſiſchen Trennung von der Mutter als geboren betrachtet werden ſoll, daß ein zweijähriges Kind und der dreißigjährige Mann in der Handlungsfähigkeit ſich gleich ſtehen, daß der Mann den Mann ſoll heirathen dürfen.

Das Recht iſt ein formell von der Menſchheit ſanctionirtes, ein aus ihr geborenes, aber ſeinem weit überwiegenden Umfange nach iſt ſeine materielle Quelle, ſein Vater, wenn wir ſo ſagen ſollen: der Weltorganismus, oder wie wir es bisher genannt haben und fortnennen wollen, die Natur. Da eben die Menſchheit die formelle Quelle des Rechts iſt, ſo liegt darin ſchon, daß es nicht unmittelbar von Gott ausgeht. Dagegen, ſoweit wir den Weltorganismus, die Natur, als eine von Gott geordnete und innerhalb derſelben die Menſchheit an ihren beſtimmten Platz geſtellt anerkennen, inſoweit iſt und muß auch der größere Theil des Rechts, die Ehe, das elterliche Recht, die Obrigkeit, das Eigenthum u. ſ. w. von Gott, „von Gottes Gnaden," ſein.

Es iſt aber bei dieſem vielbeſprochenen Ausdruck zu beach-

ten, daß, so richtig er ist, man nicht hineinlegen darf, was 18
nicht darin liegt. Gott giebt uns die Grundelemente des Rechts nicht unmittelbar, er hat sie uns mittelbar durch die Natur, und durch unsere Stellung in derselben, gegeben. Darin aber liegt (was sehr einfach scheint und doch so oft vergessen wird) die Antwort, wo für uns Menschen die scharfe Gränze des positiven Rechts gesetzt ist. Wir dürfen, wie aus der ganzen bisherigen Entwicklung hervorgeht, uns nicht mit der formellen causa des Rechts, Gesetz und Gewohnheitsrecht, für die wissenschaftliche Behandlung unseres geltenden Rechts begnügen, wir müssen uns die materielle causa des Rechts, sein Verhältniß zur Natur, durchaus vollständig klar machen, wollen wir im wahren Sinne wissenschaftlich arbeiten. Aber hier ist auch die Gränze. Was weiter liegt, ist nicht mehr dogmatische Analyse des positiven Rechts, d. h. der Regeln, die in der Menschheit ihre formelle Satzung erhalten haben. Was weiter liegt, ist Philosophie, ist divinarum rerum notitia, und so unentbehrlich uns die ist, so wird es doch vorzugsweise wichtig, dabei stets zu bemerken, wo genau die von Allen anzuerkennende Gränzlinie zwischen beiden Reichen liegt. Es zeigt sich dies deßhalb so wichtig, weil jenseits, im anderen Reich, des Haders viel darüber ist, wie man die Natur und den Weltorganismus weiterhin auf Gott zurückbeziehen solle, und weil man diesen Streit, so wenig man sich ihm entziehen kann, nicht in Gebiete hineintragen darf, die jedenfalls davon nicht tangirt werden.

Unendlich niedrig freilich steht der, welcher in den Normen des Rechts die Bestimmungen über sein Verhalten zu seinen Mitmenschen erschöpft wähnt. Wer dem Rechte genügt, wer sich nie einer Verletzung desselben schuldig macht, hat noch ganz außerordentlich wenig gethan. Das Recht enthält den Complex lediglich der gröbsten Befugnisse und Verpflichtungen, die die Menschheit unter einander verbinden. Ueber dem Ge-

biete des Rechts stehen die Normen des s. g. Sittengesetzes, d. h. der feineren Regeln, die der menschliche Geist über die Lebensverhältnisse mit stärkerer Betonung der Innerlichkeit, und ohne die äußere Strenge des Rechts setzt. Und wieder über diesem menschlichen Sittengesetz giebt uns endlich die Religion höhere, aus unserem Verhältniß zu Gott resultirende Grundsätze über unser Verhalten zu unserer Mitwelt.

Sittlichkeit und Religion nun sind vom Recht getrennte, wenn auch mit ihm in vielfachen Beziehungen stehende Gebiete, und ebenso wie es verkehrt ist, den Werth des Rechts als solchen, so wie neuerlich versucht worden, nach seinem sittlichen Gehalte zu messen, so ist es nicht minder verfehlt, dem Rechte gleichwie der geoffenbarten Religion einen unmittelbar göttlichen Ursprung zu vindiciren. Das Recht steht dem Sittengesetz und der Religion gegenüber, wie die grobe starke Zange des Schmidts, womit er das Eisen faßt, sich von der feinen Pincette des Naturforschers scheidet, womit dieser die feinsten Theile eines Schmetterlingsflügels unter seine Lupe bringt. Mit der groben vermögen wir gar nicht festzuhalten, was die feine mit Sicherheit ergreift, und wiederum ist die grobe im Stande, rauhe und ungefüge Dinge zu erfassen, an die die feine sich nicht einmal anlegen lassen würde. Wohl sind beide Zangen von Eisen, und doch ist kein Schluß möglich, daß wer die eine fertigt, auch die andere gemacht haben müsse. Ja, es ist von vorn herein anzunehmen, daß wenn auch der Stoff am letzten Ende insgesammt aus einem und demselben Schooße herstammt, der Ursprung der einen unter anderen Voraussetzungen statt finde, als der der anderen.

Halten wir also fest daran, daß wir mit der groben starken Zange des Rechts (die übrigens nicht in der Hinsicht grob ist, daß sich nicht genau damit arbeiten ließe) nicht Alles zu fassen vermögen, und daß die Frage von ihrem Ursprunge eine

bestimmte Gränze hat, über die hinaus eine weitere Fortführung der Frage für die practische Benutzung der Zange selbst keine Bedeutung mehr hat. 18

§. 19. Das Recht ist nach dem Bisherigen in Hinsicht auf seine materielle causa von doppelter Art. Es ist entweder eine äußere durch Gesetz oder Gewohnheit gegebene *Sanction der Naturſätze*, denen danach nicht bloß die innere Kraft der Wahrheit, sondern auch die practische vom Richter aufrechtzuerhaltende Anerkennung unter den Menschen zu Theil geworden ist; — oder es ist eine menschliche Satzung, die jedenfalls *nicht auf dem Boden eines Naturſatzes* ruht, mag sie nun im Uebrigen etwas den Naturverhältnissen völlig Fremdes, oder dieselben schärfer Fixirendes, oder endlich ihnen geradezu Entgegentretendes enthalten. 19

Im ersteren Fall ist die Existenz des Naturſatzes neben dem Rechtssatze nicht eine zufällige, und eben deßhalb juristisch gleichgültige, sondern sie ist der wahre Grund, die ratio, auf welche sich der Inhalt des Rechtssatzes stützt, und aus der er daher auch wissenschaftlich entwickelt werden muß. Gesetz und Gewohnheitsrecht, vermöge der materiell höheren Gewalt, welche die Natur über menschlichen Willen und menschliche Ueberzeugung ausübt, *wollen* hier durchaus nichts weiter, als den Naturſatz nur in den Kreis des äußerlich gesetzten Rechts einführen, an dem ganzen Organismus und Inhalt des Naturſatzes haben sie gar nicht die Absicht, das Geringste zu ändern.

Im zweiten Fall ist der Grund des Rechtssatzes jedenfalls *etwas Anderes* als die Natur, und wo das stattfindet, da ist es dann von besonderer Wichtigkeit, sich weiter über Folgendes klar zu werden. Alles, was sich hier als Grund erweisen läßt, hat für die juristisch-wissenschaftliche Behandlung des Rechtssatzes eine vollkommen andere Bedeutung, als jene dem Rechte einverleibten Naturſätze, weil es zu dem in dem Rechts-

19 satze hervortretenden Willen der Staats- oder Volks-Gesammtheit in einem durchaus anderen Verhältnisse steht. Bei dem einem Naturſatze correſpondirenden Rechtsſatze ſcheidet ſich völlig die formelle und materielle causa des Rechtsſatzes. Die äußere Sanction geht von der menſchlichen Geſammtheit aus, aber dieſe iſt gleichſam nur der mütterliche Schooß, in den das ſchon vorher exiſtirende Saamenkorn gelegt wird, und ſo kann denn auch der Organismus der daraus emporwachſenden Pflanze nicht ſo ſehr aus dem Charakter des Bodens, als aus der Pflanzengattung erkannt werden, von der der Saame herrührt. Der Wille des Recht-hervorbringenden Organs iſt hier nicht originell, ſondern etwas Anderem nachfolgend und dies in ſich aufnehmend, er iſt nur der mütterliche Schooß, befruchtet von der zeugenden Kraft des Naturſatzes. — Dagegen bei dem einem Naturſatze nicht correſpondirenden Rechtsſatze iſt der Charakter des in der menſchlichen Geſammtheit hervortretenden Willens folgender. Das, was als die Baſis dieſes Willens auftritt, iſt nichts außerhalb des Willens Stehendes [1]). Der Wille folgt hier nicht etwas Anderem, dem er ſich einfach anbequemt, ſondern er iſt, indem er in ſich ſelbſt ſeinen Schwerpunkt findet, originell und im wahren Sinne des Wortes ſelbſtthätig. Für die menſchlichen Verhältniſſe erweiſt es ſich ihm als nothwendig oder nützlich, eine gewiſſe Satzung zu geben, aber die Satzung wird nicht aus den Verhältniſſen entnommen, ſondern die Verhältniſſe werden unter die höhere Autorität des Geſammtwillens gebeugt. Ob dieſer Wille ein zweckmäßiger, den Lebensverhältniſſen förderlicher ſei, kommt vom Standpunkt des poſitiven Rechts aus gar nicht in Frage, denn über dem Geſammtwillen giebt es keine formell höhere menſchliche Autorität. Der Rechtsſatz gilt, da der ſetzende Wille gerade nicht einem ander-

1) z. B. die Principien, worauf das heilſame und höchſt unentbehrliche Inſtitut der Erſitzung ſich ſtützt.

weitig schon bestehenden Satze folgen *wollte*, lediglich deß- 19
halb, weil die rechterzeugende Gewalt ihn sich durch eigene Geistesthätigkeit, gleichviel durch welche Anlässe angeregt, selbständig construirt hat.

Im einen Fall will Gesetz oder Gewohnheit eine Regel fixiren, *weil* sie schon von der Natur so dargeboten wird; im anderen Fall dagegen lediglich, *weil* er, der Gesammtwille, so und nicht anders will. Im einen Fall erscheint Gesetz oder Gewohnheit als der in natürlicher Weise befruchtete weibliche Leib, aus dem der Rechtssatz geboren wird, im anderen Fall vereinigt sich gleichsam in künstlicher Weise der zeugende und empfangende Organismus zu einem einzigen Wesen, und der Rechtssatz springt aus der Volks- oder Staatsgesammtheit hervor, wie die gewappnete Minerva aus dem Haupte des Jupiter. Man könnte daher, wollte man im Bilde bleiben, die Rechtssätze der ersteren Art die phanerogamen, die der zweiten die kryptogamen nennen.

Auch wenn man bei der letzteren Art den *Anlaß* erkennt, der den Willen des Volkes oder Gesetzgebers in Thätigkeit gesetzt hat, so kann man daraus nie einen *unmittelbaren* Schluß auf den Inhalt des Rechtssatzes machen. Es ist nur der Wille der Recht-setzenden Gewalt, welcher das einzige wahre Erklärungsmoment des Rechtssatzes abgiebt, während umgekehrt der von Gesetz oder Gewohnheit in das Gebiet des Rechts aufgenommene Naturssatz seine äußere Legitimation freilich ebenfalls von der formellen Rechtsquelle hernimmt, seinen Inhalt dagegen vorherrschend als einen bereits fertigen in den Kreis des Rechts mit hineinbringt.

Der dargestellte Gegensatz der ihrem inneren Charakter nach scharf von einander trennbaren beiden Klassen des Rechts wird sich noch durch folgende Vergleichung anschaulicher machen lassen. Es ist vorzugsweise rathsam, ebenso wie die beginnende Mensch-

19 heit in der Sprache die Dinge, an die sie heran tritt, meistens durch Bilder zu bezeichnen pflegt, so nun auch in unserer altgewordenen Wissenschaft neu zur Untersuchung kommende Punkte durch bildliche Vergleichungen dem Verständniß näher zu führen.

Das Recht, das die Menschheit zur Herstellung eines festen und allseitig schützenden Zusammenlebens unter sich pflanzt, ist der physischen Wohnstätte gleichartig, welche sich der Mensch in Gemäßheit seiner Stellung auf der Erde zu gründen pflegt. Die Natur bietet ihm der Pflanzen und Bäume genug dar, um sich davon zu nähren, aber doch vermag der Mensch damit nicht auszukommen. Um sich selbst, seine Familie und die Thiere, die er sich zu seinen ferneren Nahrungsmitteln und zu seinen natürlichen Dienern macht, vor den Unbilden der Hitze und Kälte, der Nässe, des Sonnenbrands u. s. w. zu wahren, fängt er an, sich selbst sein Haus zu bauen, und er schreitet damit so sehr fort, daß allmälig die Städte des Menschen den Boden der Natur zum großen Theile vollständig bedecken und umgestalten. Aber der Mensch kann daneben des Pflanzenreichs nicht entbehren, er muß, neben seinen Städten, in Feld und Wald der Natur freien Boden lassen, und das Eingreifen des Menschen in das Wachsthum der Pflanzen ist nur Beförderung dessen, was schon die Natur einerseits verlangt und andererseits darbietet. Bei aller Ausbreitung unserer Städte, unserer Fabriken u. s. w. müssen wir es immer anerkennen, daß wir nie ungestraft unsere Wälder ausrotten, daß wir nicht über ein gewisses Maaß hinaus den Boden eines Landes der natürlichen Production der Früchte entziehen dürfen, welche ja zur Ernährung der Menschen und seiner Thiere dienen sollen, die sich in unseren Wohnstätten zusammenhäufen. Und durch alle Veränderungen, welche die Complicirtheit unserer Verhältnisse in unsere Lebensweise bringt, schimmert doch immer unverändert der

Satz hindurch, daß in einem Hause, umgeben vom nährenden 19
Garten oder Feld, die naturgemäßeste Wohnung des Einzelnen gegeben ist.

Und nun das Recht? Ist nicht das Haus, das sich der Mensch, oft gut oft schlecht, *mechanisch* zusammenzimmert, ist es nicht das volle Vorbild desjenigen Rechts, welches (freilich aus allerlei verarbeiteten Stoffen hervorgerufen) lediglich in der zusammensetzenden Hand, und in dem selbstthätig construirenden *Willen* des Gesetzgebers oder des in der Gewohnheit thätigen Volkes seinen Grund findet? Und von der anderen Seite die zweite Art der Superficies, mit der sich der Mensch den Boden bebaut, der gepflanzte oder gesäete Baum oder Strauch, dem nur vom Menschen seine Stellung angewiesen wird, um dann von selbst *organisch* aus sich herauszuwachsen, — haben wir darin nicht das treffende Ebenbild der von der menschlichen Volks- und Staats-Gesammtheit recipirten Naturfätze [1])? Auch bei diesen Naturfätzen bedarf es des positiven *Setzens* von Seiten der Menschheit, gerade so wie sich der Mensch den Baum in seinem Garten erst setzen muß, und wild aufgeschossenes von ihm nicht gesäetes Kraut nicht duldet. Ist der Naturfatz aber einmal im Garten des Rechts durch die dazu befugte Gewalt gepflanzt, so wächst er organisch, und seine ganze Gestalt ist, abgesehen von zuweilen vorkommender Beschneidung des Baums, ganz die, welche die Natur ihm von vorn herein mitgegeben hat.

§. 20. Ich halte den Punkt, auf dem wir hier stehen, 20
für ganz besonders wichtig. Es ist von entscheidender Bedeu-

1) Bereits oben im §. 6. habe ich das Recht mit der Natur der Pflanze zusammengestellt. Für die dort besprochenen Fragen war es einstweilen erlaubt, diese Parallele auf das Gebiet des ganzen Rechts zu beziehen, während sie genau genommen, wie wir hier sehen, nur für einen Theil desselben vollständig zutrifft.

tung, sich zu vergegenwärtigen, wie es gar nicht anders sein kann, als daß, wenn wir wissenschaftlich die ratio des überhaupt auf rationes ruhenden Rechts erforschen wollen, wir zu der einfachen Alternative gelangen: Das Recht ruht entweder lediglich auf dem Willen der rechtsetzenden Gewalt, oder es enthält einen in das Rechtsgebiet aufgenommenen Natursatz.

Die Römische Rechtswissenschaft hat dieses wichtige Princip vollständig erkannt, sie hat dasselbe an jedes einzelne Rechtsinstitut gelegt, und jedes Rechtsinstitut nach den mit dieser Alternative gegebenen weiteren Consequenzen analysirt. Dem Römischen Rechte ist es nicht aufzubürden, daß dieses Princip mit seinen wichtigen Folgerungen in unserer heutigen romanistischen Wissenschaft völlig todt daliegt, daß diese ganze Sache auch von unseren besten Schriftstellern [1]) nicht als die allein wahres Leben gebende, allein selbständig machende Methode der Rechtswissenschaft behandelt wird, sondern daß man sie mit ein paar doch nur sehr obenauf liegenden Notizen über die Terminologie und Eintheilungsweise der Römischen Juristen abthun, und im Uebrigen dem Gebiete der historischen Entwicklung des Römischen Rechts zuweisen zu können glaubt. Und doch kommt es hier nicht bloß darauf an, zu erzählen, wie die Römer so glücklich waren, einen unsere unvergängliche Bewunderung erregenden wissenschaftlichen Schatz zu heben, sondern es handelt sich darum, daß hier die Pforte liegt, durch welche die Römer eingingen in das Schatzgewölbe, und durch die auch wir im Stande sind, neue Massen des wissenschaftlichen Goldes hervorzuholen.

Die Römer zerlegen die *ratio juris*, welche uns in den Stand setzt, den Rechtssatz ad consequentias zu produciren [2]), und uns den inneren Charakter des jus commune (im Gegen-

1) s. z. B. Savigny System I. S. 112—116 und Beil. I.

2) Fr. 13—15. de legib. Quod contra *rationem juris* receptum est

ſatz zum jus singulare und privilegium) darlegt, in die zwei Arten, der *civilis* und *naturalis ratio* [1]). Dieſe Eintheilung

etc. In his quae contra *rationem juris* constituta sunt etc. — S. auch noch Fr. 20. 21. eod. Fr. 4. §. 2. quib. mod. pignus.

1) Man ſehe z. B. folgende Stellen: §. 2. J. de usufr. — Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae usu consumuntur. Nam hae res neque *naturali ratione neque civili* recipiunt usumfructum; quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed *utilitatis causa* Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui — — — —. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (*nec etiam poterat*), sed per cautionem quasi usumfructum constituit. — Fr. 7. pr. de bonis damn. — Quum *ratio naturalis*, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et *in jure civili* suorum heredum nomen iis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt; — etc. — Gai. I. 158. Sed agnationis quidem jus capitis diminutione perimitur, cognationis vero jus non commutatur, quia *civilis ratio* civilia quidem jura corrumpere potest, *naturalia* vero non potest. — Fr. 1. pr. de acq. rer. dom. — Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod *ratione naturali* inter omnes homines peraeque servatur; quarundam *jure civili*, id est jure proprio civitatis nostrae. — Fr. 2. de superficiebus. — Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt; quarum proprietas *et civili et naturali jure* ejus est, cujus et solum. — Fr. 49. de verb. sign. — *Bonorum* appellatio aut *naturalis* aut *civilis* est; naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiamsi quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur. — Fr. 107. de solut. — *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter; naturaliter*, veluti solutione, aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit; *civiliter* veluti acceptilatione, vel quum in

ist freilich bekannt genug, aber ein richtiges Verständniß fehlt meistens; und die Römer sind wenigstens zum Theil Schuld daran. Sie stellen die naturalis ratio, wozu sie an und für sich vollständig berechtigt sind, regelmäßig als mit dem jus gentium identisch dar, d. h. das, was dort in Betreff des Grundes charakterisirt wird, hat hier von dem Umfange seiner Verbreitung in der Menschheit einen besonderen Namen erhalten, obgleich übrigens gar nicht zu glauben ist, daß die Römer sich in Betreff dieses Umfangs auf ängstliche Untersuchungen eingelassen, ja daß sie es auch nur für eine innere Nothwendigkeit gehalten hätten, als wenn alles jus gentium auch in Wahrheit auf naturalis ratio ruhen müsse, es also nicht auch jus gentium geben könne, das sich (wie z. B. die Sklaverei) lediglich auf eine civilis ratio stützt. Es sind dies eben, wie ich schon oben bemerkte, zwei Begriffe, die, von zwei ganz verschiedenen Momenten hergenommen, nur regelmäßig zusammentreffen werden.

Durch diese den Römern geläufige Identification ist nun bei uns die Folge entstanden, daß wir vorzugsweise die eine Seite, das jus gentium, in's Auge fassen, daß wir die geschichtliche Entwicklung desselben in der Römischen Rechtswelt fast allein besprechen. Und die andere Seite, welche weitaus die wichtigere ist, weil in ihr nicht der Umstand des von außen hereindrängenden oder nach außen hin sich verbreitenden Rechts, sondern das innere allmälig sich abklärende wahre wissenschaftliche Verständniß des Rechts sich ausspricht, — diese andere Seite, die naturalis ratio, wird dabei ganz bei Seite geworfen. Was versteht man denn heutzutage darunter? Niemand wird läugnen, daß man sich darunter ganz vorherrschend eine Art von na-

---

eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit. — Fr. 53. de acq. rer. dom. Fr. 10. de verbor. obl. Fr. 62. pr. de rei vind. Fr. 8. 10. 32. 35. 85. §. 2. 188. §. 1. de reg. jur. Fr. 42. 220. de verb. sign. Fr. 59. de cond. indeb. §. 41. J. de rer. div. u. s. w. u. s. w.

türlicher aequitas, eine gewisse freiere formlosere, insbesondere vom praetor peregrinus beförderte, und auch für Nicht-Römer passende Rechtsanschauung denkt, die sich allmälig in Rom immer mehr Bahn gebrochen habe. Und doch ist damit, wenn ich anders das Römische Recht verstehe, durchaus nicht die Wahrheit getroffen, es ist dafür ein halb wahrer halb auch ganz unrichtiger äußerer Schein gesetzt, der es eben bewirkt hat, daß an ein selbstthätiges Verfolgen der Principien des jus naturale Niemand denkt. — Ist denn irgend von einer formloseren aequitas bei den Sätzen die Rede, daß ein Nießbrauch nur an Sachen möglich ist, deren Gebrauch ohne Verbrauch sich denken läßt; daß bei einem in ein Grundstück eingebauten Hause nur von einem einzigen, aus area und superficies bestehenden Sachindividuum die Rede sein kann; daß durch Zahlung eine Obligation in ganz anderer Weise getilgt wird, als durch die Umdrehung der positiven Eingehungsform dieser Obligation? Ist es nichts als eine vage natürliche aequitas, daß das physische Vorhandensein der Blutsgemeinschaft, diese Ursache von so außerordentlicher Tragweite, auf der die Aehnlichkeit des Körpers, des Charakters, der Lebensweise und in Folge dessen das Verbundensein zu einem Staate noch bei großen Völkern ruht, — daß solche Blutsgemeinschaft als der Grund von einer nahen persönlichen Beziehung zweier Menschen aufgefaßt wird? Wahrlich wollten wir das über das Meinen der Menschheit hier ganz Hinausgestellte, wollten wir das für ein bloßes billiges Fürguthalten der Menschen ansehen, so wäre ja auch die Ehe, die auf einen sittlichen Standpunkt erhobene Vereinigung der Geschlechter, nicht das in der Getrenntheit der Geschlechter mit Nothwendigkeit gegebene, den einzelnen Menschen gleichsam erst vollendende Institut, es wäre mehr ein Spiel des Zufalls, der menschlichen Laune, einer Laune freilich nicht des Individuums, wohl aber der Völker und Staaten!

Daß die Römer unter der naturalis ratio genau das verstanden haben, was ich in meiner bisherigen Darstellung als das Gebiet der Naturſätze bezeichnete, halte ich für eine ganz unzweifelhafte und vollſtändig beweisbare Sache. Daß das Römiſche Recht zu ſeiner unſterblichen und unvergänglichen wiſſenſchaftlichen Blüthe und dogmatiſchen Ausbildung vorzugsweiſe gerade dadurch gelangt iſt, daß es von dieſem richtigen Standpunkte aus die civiles und naturales rationes mit ihren weiteren weſentlich verſchiedenen Conſequenzen bei dem Ausbau ſeiner Inſtitute verwandte, das ſcheint mir ebenfalls eine bis in's Einzelne erweisliche Behauptung. Aber daß die Römer, auf dem richtig eingeſchlagenen Wege, nur erſt eine Strecke zurückgelegt haben, daß auf dieſem Wege ſelbſtändig weiter fortgeſchritten werden muß, iſt daneben ein um ſo mehr zu betonender Umſtand.

Der Beweis dieſer drei Sätze, eine Nachweiſung derſelben in verſchiedenen einzelnen Lehren, iſt einer der Hauptzwecke dieſer Studien. Es iſt aber ſchon hier im Voraus nöthig, die Begriffe von civilis und naturalis ratio von gewiſſen kleinen Schlacken zu reinigen, die ihr in der Römiſchen Darſtellung ankleben, und die es, wie ich vorher bemerkte, vorzugsweiſe verſchuldet haben, daß man mit den Begriffen ſo wenig anzufangen verſtanden hat. Die Römer ſtellen, indem ſie beide Begriffe zunächſt nur als dogmatiſche handhaben, daneben bisweilen beide auch in ein univerſalhiſtoriſches Verhältniß zu einander; ſie erklären das jus naturale für älter, in den erſten Zeiten der Menſchheit allein herrſchend, zu dem dann erſt ſpäter das jus civile der einzelnen Staaten hinzugekommen ſei [1]). Den

1) Fr. 1. pr. de acq. rer. dom. — et quia antiquius jus gentium *cum ipso genere humano* proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit. — Bei der Sklaverei, wo ſich das jus gentium vom jus naturale ſcheidet (weil die Sklaverei der naturalis ratio widerſpricht, und doch im

richtigen Satz, daß das jus naturale uns *schon* von der Natur mitgegeben sei, während wir das jus civile uns selbst machen, gestalten sie auf diese Weise durch eine zunächst unscheinbare Nüancirung zu einem völlig unrichtigen um, sie weisen uns auf einen Gang der Weltgeschichte hin, der, indem sie gleichsam das Wasser bergauf fließen lassen, durchaus verkehrt ist, und dessen Annahme allerdings verderbliche Irrthümer zur Folge haben kann. Nicht ist die Menschheit von einem gewissen freien Naturzustande ausgegangen, der uns, als Gegenstand unserer späten Reue und Sehnsucht, durch eine Art von juristischem Sündenfall verloren gegangen wäre, sondern umgekehrt, das Capital, das die Natur der Menschheit mitgiebt, ist anfänglich unter Formen, unter Rohheit, unter nationaler Beschränktheit noch ganz vergraben. Erst allmälig schmilzt die starre Eisdecke, und erst dann wird es möglich, daß die Blumen, deren Saamen schon in der Erde liegt, emporsprießen. Das Recht gewinnt mit dem Fortschreiten der Menschheit an *Umfang*, aber, wenn es in dieser Hinsicht immer complicirter wird, indem der Lebensverhältnisse immer mehr werden, so gestaltet sich dagegen sein *Inhalt* immer einfacher. Wie der Kiesel, den das Bergwasser bei seinem Ursprunge mit sich fortnimmt, anfangs rauh und eckig, allmälig sich immer mehr abschleift, und zuletzt ganz glatt und rund in's Meer gelangt, so ist es auch mit dem Rechte. Die Principien werden immer glatter, einfacher und durchsichtiger; das, was in ihnen der Natur der menschlichen Verhältnisse gemäß ist, tritt immer mehr hervor.

---

ganzen Alterthum verbreitet war), wird dem jus naturale diese *frühere* Geltung vindicirt: §. 2. J. de jure nat. gent. et civ. — Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt naturali juri contrariae. Jure enim naturali omnes homines *ab initio* liberi nascebantur.

Jene unrichtige Anschauung nun von der geschichtlichen Entwicklung des Rechts in der Menschheit hätte gefährlich werden können, da die Römer auf ihr jus naturale unzählige unmittelbar practisch anwendbare Sätze bauen [1]). Aber diese Gefahr ist nicht eingetreten, und wegen dieses besonderen Umstandes nannte ich vorher diese ganze Anschauung nur eine kleine leicht removirbare Schlacke. Bei den Römern sind nämlich diese theoretische Exposition und dann andererseits die practische Verwendung der naturalis ratio bei der dogmatischen Analyse ihres Rechts zwei ganz auseinanderzuhaltende Dinge, von denen das eine wenig, und das andere einen höchst bedeutenden Werth hat. Auch hier können sie zu ihrer Entschuldigung den Satz: omnis definitio periculosa als einen Schild vor sich halten. Wo es sich darum handelt, in einem einzelnen Rechtsinstitute die naturalis ratio aufzusuchen und klar zu durchschauen, da verläugnet sich nie der Römische helle und ungetrübte Blick. Uns, die wir an theoretischen Brüsten gesäugt und mit doctrinärer Milch aufgefüttert sind, begegnet es oft genug, daß wir vor lauter Wald den einzelnen Baum in seiner Eigenthümlichkeit gar nicht mehr zu erfassen und zu zeichnen verstehen. Die Römer leiden noch an dem entgegengesetzten Mangel, sie können (indem sie gleichsam vor lauter Bäumen den Wald nicht sehen) bei ihrer großen Klarheit im Einzelnen das Ganze nicht leicht zusammenfassen, und wenn sie es dann einmal versuchen, so verfallen sie dabei leicht, wie sie das auch sehr wohl wissen, in Schlingen und Fallstricke, die am Wege drohen.

Wir unsererseits haben keinen Grund, stolz zu werden, daß wir in manchen Dingen gelernt haben, in denen das Alterthum nur unsicher sich zu bewegen verstand, und wir müssen andererseits die Meisterschaft geistigen Blickes bewundern, mit dem die Römer gleichsam instinktmäßig die richtigen Punkte tra-

1) S. z. B. oben §. 16. S. 58. Note 1.

fen, zu denen wir uns oft nur durch mühſelige und weitläuftige 20
Argumentationen hinzuarbeiten vermögen.

§. 21. Die beiden bisher entwickelten verſchiedenen Stoffe, 21
aus denen das auf rationes beruhende Recht beſteht, will ich nach dem Vorgange der Römer fortan das civile und das naturale (nicht: natürliche, da dieſes Wort ſchon nach ſo vielen anderen Richtungen hin in Beſitz genommen iſt) Rechtselement nennen. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß bei dieſem begrifflichen Gegenſatz der hiſtoriſche Sinn des Wortes jus civile als gleichgültig erſcheint. Ein Rechtsſatz des jus praetorium kann natürlich bei den Römern ebenſogut ein civiles Rechtselement enthalten haben, wie die 12 Tafeln oder wie das reine Gewohnheitsrecht, und andererſeits kann ſchon im älteſten Römiſchen Recht eine naturalis ratio Geltung gehabt haben, wie das ja auch im Einzelnen mannigfach nachweisbar iſt. Vorherrſchend freilich hat ſich das naturale Rechtselement, nach dem eben Geſagten, erſt im Laufe der Zeiten ſeine volle Bahn gebrochen.

Indem wir heutzutage es gänzlich unterlaſſen, die völlige Verſchiedenheit beider Rechtselemente in den einzelnen Rechtsinſtituten genauer zu zergliedern und bei unſeren Schlußfolgerungen zu beachten, iſt es dahin gekommen, daß wir im Grunde Alles über den Einen Kamm des jus civile ſcheeren. Wir behandeln den Eigenthumserwerb an den Früchten oder die Tradition ganz ebenſo wie die Erſitzung, die possessio ebenſo wie die bonorum possessio, die Frage vom Inhalt der Univerſalſucceſſion nicht anders wie die Nov. 115. Es iſt uns, was nicht jus singulare iſt, Alles eine einzige gleichartige Rechtsmaſſe, in der überall auf gleiche Weiſe die rationes zu ſuchen und dann, nach ihrer Ermittelung, auch wieder zu verwenden ſind. Alles, das naturale wie das civile Rechtselement, hat ja in der Römiſchen Rechtswiſſenſchaft ſeine Verarbeitung, im

21 Corpus juris ſeine formelle Sanction gefunden. Das Corpus juris iſt bei uns bindende Rechtsquelle, und alſo haben wir ja nichts zu thun, als den Inhalt des Corpus juris darzulegen und möglichſt präcis zu reproduciren! Unſere Wiſſenſchaft gleicht dabei einem Schiffe, das in ſeinen oberen Räumen die oſtenſible Waare der Römiſchen Rechtsinterpretation hat, es aber doch nicht unterlaſſen kann, einen gewiſſen ſchwereren Ballaſt tief unten im Schiffe mit ſich zu führen. Auf dieſen Ballaſt recurrirt man meiſt nur, wenn die obere Waare ganz vergriffen iſt. Indem man bemerkt, daß für eine gewiſſe Anſicht auch „gewichtige innere Gründe“ [1]) ſprechen, deutet man zugleich an, daß dieſe inneren Gründe ein Ballaſt ſind, der zu tief unten liegt, um heraufgeholt werden zu können. Von einem ſelbſtändigen Aufbauen eines Rechtsinſtitutes, gerade in der Weiſe, wie die Römiſchen Juriſten es gethan haben, von einer wahren dogmatiſchen Analyſe des Rechtsſtoffes, bei der uns die Argumentationen der Römiſchen Juriſten erſt nach Feſtſtellung unſeres eigenen Urtheils in Betracht kommen dürfen, indem die Grammatik des Lehrmeiſters immer von Wichtigkeit iſt, um uns zu verſichern, ob wir richtig geſprochen haben — davon iſt bei uns durchaus nicht die Rede. Wir reproduciren eben, wir produciren nicht.

Daß dieſer Stand unſerer Wiſſenſchaft ſeine überaus nachtheiligen Folgen haben muß, kann nicht ausbleiben, und wenn die Anſichten richtig ſind, die ich hege, ſo muß künftig damit angefangen werden, dem naturalen Rechtselement in unſeren Rechtsinſtituten gerade ſo nachzuforſchen, wie es die Römiſche Jurisprudenz gethan hat. An der Behandlungsart der Lehren, in denen lediglich ein civiles Rechtselement ſich geltend macht, alſo der Lehren wie die Litis-

1) Manche Schriftſteller ziehen auch wohl die Redensart vor, daß ein gewiſſer Satz „aus dem Weſen des Rechts“ abgeleitet ſei.

contestatio, die Ersitzung, die Klagverjährung, die Nov. 115, 21
auch vorherrschend die Nov. 118, und so viele andere gleichartige, ist im Ganzen nichts auszusetzen, als insoweit sie doch eine wesentlich andere Beleuchtung erhalten, wenn sie als ein kleinerer Rechtstheil gegenüber einem zweiten auf andere Principien gebauten Rechtsgebiete erscheinen. Aber eben dieses zweite größere Rechtsgebiet bedarf vorzugsweise unserer Arbeit. Es muß den Natursätzen, wenn man sie zuerst als solche und in ihrem ganzen Zusammenhange richtig erkannt hat, nachgegangen werden, um namentlich mit vollster Genauigkeit zu sehen, in welcher Weise sie in das Rechtsgebiet eingeführt werden. Ist das klar gemacht, weiß man also, daß und wie weit der Rechtswille dem Natursatze freien Spielraum gelassen hat, so ist nun soweit das in dem Natursatze Enthaltene auch vollständig als geltendes Recht anzuerkennen. Man muß nur festhalten, daß das naturale Rechtselement nicht, wie das civile, ein mechanisch wenn auch noch so trefflich gefügtes menschliches Gebäude, sondern ein vom Menschen gepflanzter organisch wachsender Baum ist. So hat man denn nur den Platz sich zu vergegenwärtigen, den der Baum ausfüllen soll, im Uebrigen aber das Wachsen des Baums ihm selbst zu überlassen, so daß nichts übrig bleibt, als zu sehen, wie er eben von selbst wächst.

Ich will versuchen, dies durch ein Beispiel zu verdeutlichen. Die Frage, wie man unberufen und doch in gerechtfertigter Weise sich in fremde Angelegenheiten mischen kann, darf, wenn man nicht zu ganz verkehrten unzweckmäßigen Rechtssätzen gelangen will, lediglich nach den hier vorhandenen Natursätzen normirt werden. Das Leben bietet uns in reichlicher Zahl Fälle, in denen, wie ich bereits im §. 14. bemerkte, entweder *Schaden von einem Anderen abgewandt* oder *Gewinn ihm zugewandt wird*, oder endlich ein *durch seinen Willen legitimirtes Eingreifen* statt gefunden hat. Wie

21 soll nun hiezu sich das Recht verhalten? Willkührliche Satzungen, welche jene Naturſätze unbeachtet laſſen, werden eben nur das Gefühl hervorrufen, welches durch unpaſſende Rechtsſätze immer hervorgerufen wird, daß hier nämlich das Recht der Aenderung bedürfe. Alſo durch Geſetz oder Gewohnheitsrecht ſollen die Naturſätze auch zu Rechtsſätzen erhoben werden. Aber Geſetz und Gewohnheit ſind keine übermenſchlichen Weſen, ſie ſind nicht mit einer höheren Erkenntniß begabt, als die ihr von der menſchlichen Wiſſenſchaft ſuppeditirt wird, welche aber verpflichtet iſt, die Natur der Lebensverhältniſſe ſcharf auseinander zu legen. Kommt die Wiſſenſchaft dieſer ihrer Verpflichtung nicht nach, ſo iſt freilich nichts zu machen, und die Menſchheit wird zur Strafe ſich mit unzweckmäßigen Rechtsſätzen hinzuſchleppen haben. Erfüllt aber die Wiſſenſchaft ihre Pflicht, ſo iſt nichts weiter nöthig, ja auch nur heilſam, als daß der Geſetzgeber den Baum pflanze, und dann im Uebrigen frei wachſen laſſe, d. h. daß er lediglich den Platz beſtimme, auf dem die Wiſſenſchaft von ihrer Kenntniß der Naturſätze Gebrauch machen dürfe. So iſt es in der That bei den Römern gemacht worden. Die ganze vorher erwähnte Lehre reducirt ſich auf nichts als drei ganz einfache vom Rechte beſonders angeordnete Sätze, von denen der eine nicht einmal eigends hiefür conſtituirt worden iſt. Das Beſtehen der allgemeinen exceptio doli, und die Feſtſetzung, daß zwei Klagen beſtehen ſollen, die actio de in rem verso und negotiorum gestorum, womit man ſoll einklagen können, was ſich nach Naturſätzen als *alienum negotium* rechtfertigen läßt[1]), — nur dieſe drei Punkte ſind nöthig, ſie fordern eine poſitive geſetzliche oder gewohnheitsrechtliche Sanction, um die naturalis ratio als vom Rechte in dieſem Gebiete recipirt erſcheinen zu

1) Das Prätoriſche Edict über die negotiorum gestio lautete mit weiſer Allgemeinheit: si quis *negotia alterius* — gesserit, judicium eo nomine dabo.

lassen. Sind diese Punkte fixirt, so hat die Wissenschaft die 21
naturalis ratio bis in ihre Einzelnheiten auseinander zu legen, und eine gesetzliche Aufzeichnung dieser Einzelnheiten ist hier einerseits gar nicht nöthig, weil das, was die Wissenschaft entwickelt, ja auch ohne das practische Geltung hat, und andererseits nicht einmal rathsam, weil hierin häufig, bevor eine volle wissenschaftliche Ermittelung der Wahrheit erreicht ist, eine unrichtige Einzelnheit durch die gesetzliche Fixirung zu einem störenden Fortbestehen gelangt. — Hat dann aber in dieser Lehre die Wissenschaft ganz oder wenigstens überwiegend ihre Arbeit vollendet, so kann es freilich rathsam sein, ja es wird sich auch meist von selbst machen, daß diese ihre Arbeit durch Gesetz oder Gewohnheit hinterdrein eine für die practische Anwendung des Rechts zweckmäßige äußere Sanction erhält, aber solche äußerliche Feststellung ändert nie den inneren Charakter dieser Sätze, sie hebt nie den Unterschied auf, der zwischen dem Rechtssatz, durch welchen der Natursatz zunächst auf den Boden des Rechts gepflanzt wurde, und zwischen den formell zusammenredigirten wissenschaftlichen Sätzen besteht, welche nichts als die Zweige und Aeste und Blätter sind, die der Natursatz auf dem Boden des Rechts getrieben hat.

In dieser Weise werden wir in dem folgenden Hefte aus der naturalis ratio die Lehre vom necessarium, utile und voluptarium negotium sich entwickeln sehen, aber eben weil wir darin nichts als die Ergebnisse der naturalis ratio erkennen, so liegt darin auch der volle Beweis, daß wir mit den drei an und für sich sehr einfachen Mitteln der exceptio doli, der actio de in rem verso und negotiorum gestorum in der kurzen Fassung, in der sie den Römern vorlagen, auch noch heutzutage die ganze Lehre aufzubauen im Stande sein müssen, daß unsere Wissenschaft erst dann auf der richtigen Stufe sich befindet,

21 wenn sie sich fähig fühlt, solche Arbeit auch auf eigenen Füßen stehend zu vollenden.

22 §. 22. Man ist vielleicht geneigt, das eben Ausgeführte als an und für sich richtig anzuerkennen, doch aber gegen dasselbe noch Folgendes einzuwenden. Das Römische Recht, wird man sagen, hat nun einmal bei uns formelle Geltung in der Gestalt des Corpus juris, was kann es also vom practischen Standpunkte aus helfen, sich das einzelne Rechtsinstitut in seine Elemente zu zerlegen, aus denen (wie z. B. in dem eben ausgeführten Beispiele aus jenen drei Rechtsmitteln) die Römische Jurisprudenz sich das Ganze aufgebaut hat? Was kann es nützen, anstatt einfach das Resultat der Römischen Wissenschaft uns geistig zu reproduciren und danach dann auch vorzutragen, daß wir uns damit abmühen sollen, das Corpus juris gleichsam erst bei Seite zu legen, die Arbeit noch einmal zu machen, und dann es doch wieder hervorzuholen, um an unseren Lehrmeistern zu prüfen, ob wir es auch recht gemacht haben? Gilt ja doch jeder Ausspruch eines Römischen Juristen in den Pandekten nicht wie der eines Lehrmeisters wegen seiner materiellen Bedeutung, sondern lediglich schon deßhalb, weil wir das Corpus juris recipirt haben!

Gegen diese Argumentation, mit der ich die regelmäßige heutzutage herrschende Anschauungsweise glaube bezeichnet zu haben, ist zuvörderst einzuwenden, daß, wie oben weiter ausgeführt wurde, das Römische Recht nicht als ein präsumirbares Ganzes aufgenommen worden ist, sondern daß jedes einzelne Rechtsinstitut der von der Wissenschaft zu liefernden Nachweisung seiner gewohnheitsrechtlichen Reception bedarf. Diesen Nachweis vorausgesetzt, so ist nun allerdings dem einzelnen Rechtsinstitut eine durch das Corpus juris gegebene formelle Gestalt durchaus nicht abzusprechen, und es hat in der That in den Ländern des gemeinen Rechts z. B. jene Lehre von der un-

berufenen Geſchäftsführung eine ſolche Geltung, daß man ſich 22
in derſelben auf den Ausſpruch eines Römiſchen Juriſten keineswegs bloß wegen ſeiner materiellen Wahrheit, ſondern lediglich deßhalb, weil er im Corpus juris ſteht, berufen kann. Dieſe vollſtändige Geltungsart des Römiſchen Rechts iſt von jeher mit Recht als das eigentlich Werthvolle bei der im Mittelalter erfolgten Reception des Römiſchen Rechts betrachtet worden, ja ſie iſt der wahrhaft wichtigſte Einführungsgrund des Römiſchen Rechts, denn in ihr liegt die Herüberziehung der vollen wiſſenſchaftlichen Arbeit der Römer, deren man eben in Deutſchland vorzugsweiſe bedurfte.

Mit dieſer äußeren Geltung des Römiſchen Rechtsinſtitutes in der Juſtinianeiſchen Geſtalt innerhalb der Länder des gemeinen Rechts, wird damit nun etwa die Nothwendigkeit der von mir geforderten Erforſchung der naturalis ratio in unſerem Rechte hinweggeräumt? Nicht im Geringſten, meine ich. Die formelle Geltung des Corpus juris iſt hier durchaus nichts Anderes, als die des Preußiſchen Landrechts, des Oeſtreichiſchen Geſetzbuchs, des Code Napoleon. Und wenn ſich auch noch alle einzelnen Deutſchen Länder eigene Geſetzbücher machen ſollten, ſo bleibt, trotz der formell anderen Redaction, die dann in jedem einzelnen Lande gilt, die Frage immer dieſelbe. Die Inſtitute, welche (wie das hier gebrauchte Beiſpiel der unberufenen Geſchäftsführung) das Streben haben, vorherrſchend eine reine Realiſirung der naturalis ratio zu ſein, ſie können freilich in den einzelnen Ländern verſchieden geſetzlich normirt werden. Aber ſolche Verſchiedenheit iſt eine durchaus andere, als wenn in Betreff eines civilen Rechtselementes, z. B. der Verjährungsfriſten, ſich Abweichungen in den verſchiedenen Geſetzgebungen finden. Während in dieſer letzteren Hinſicht ſich nur von größerer oder geringerer legislatoriſcher Zweckmäßigkeit reden läßt, verhält ſich hinſichtlich des naturalen Rechtselementes die

Sache durchaus anders. Allerdings stehen, wie ich oben schon bemerkte, Gesetz und Gewohnheit formell über den Natursätzen, sie können, wo besondere Gründe es rechtfertigen, von ihnen abweichen, aber materiell stehen sie unter denselben, d. h. wo keine besonderen Gründe vorliegen, da straft sich immer ein Abgehen von den Natursätzen. Wir haben hier also ein Rechtselement vor uns, dem einstweilen willkührlich die positive Geltung in den einzelnen Ländern entzogen sein kann, das aber fortwährend gegen das abweichende, positiv geltende Recht mit einem Gegendruck reagiren wird, der zu einer Veränderung des letzteren nicht bloß aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, sondern der Nothwendigkeit treibt. Ist nun dieses Rechtselement nur etwa, wenn es schon einmal gegolten hat, als ein historisches, und im Uebrigen lediglich als ein philosophisches zu betrachten; ist es also etwas dem positiven Rechte durchaus Fremdes?

Wir können nach allen bisherigen Erörterungen nicht zweifeln, was wir auf diese, gegenwärtig von den verschiedensten Irrthümern gleichsam verdeckte Frage zu antworten haben. Es handelt sich hier in der That um materielles Recht, aber dieser Begriff, der so vielfach heutzutage gemißbraucht wird, besteht gar nicht im Gebiete des ganzen civilen Rechtselementes, bei dem man lediglich von legislatorischer Zweckmäßigkeit reden kann. Er existirt allein im Kreise des naturalen Rechtselementes, und er bedeutet hier nicht etwa bloß einen philosophischen Satz, sondern den materiellen Stoff, die materielle causa, welche, aus wirklich existirenden Natursätzen bestehend, mit Naturgewalt auf ihre rechtliche Verwirklichung auch innerhalb der menschlichen Gemeinschaft hindrängt, und sie am Ende auch regelmäßig durchsetzt. Sie ist freilich nicht das positive Recht, weil wir darunter ein Compositum einer formellen und materiellen causa verstehen, wohl aber positiver Rechtsstoff, es ist dasje-

nige Recht, welches in Wahrheit über der Menschheit steht, wel- 21
ches deßhalb eine geschichtliche Entwicklung in der Menschheit ganz über das Leben der einzelnen Völker hinaus hat. Es ist das von Gott uns gegebene Recht, nicht gegeben durch eine unmittelbare Offenbarung, sondern mittelbar durch die Stellung, welche der Menschheit hier auf Erden gegeben worden ist. Der Natursätze, die so der Menschheit mitgegeben werden, giebt es nun die mannichfachste Stufenleiter. Es giebt deren viele, die mit so unverkennbaren Zügen in die menschlichen Verhältnisse geschrieben sind (wie die Ehe, die Obrigkeit, die Strafbarkeit des Mordes), daß nie die Menschheit ohne dieselben hat existiren können; diese drücken also von vorn herein mit einer Gewalt auf die Menschheit, daß sie auch alsbald in Gewohnheit und Gesetz ihre äußere Anerkennung finden. Es giebt ferner andere, die erst mit dem Feinerwerden der Lebensverhältnisse sich gestalten, und das hört nie auf. Auch in unseren Tagen, und immerfort entwickeln sich neue Natursätze, und in ununterbrochener Kraft sehen wir sie im Laufe der Geschichte andrängen gegen die menschliche, das Recht formell sanctionirende Gewalt. Wie aber die Entstehungszeit dieser Natursätze sehr verschieden ist, so trennen sie sich auch in größter Mannigfaltigkeit durch die höhere oder geringere Spannkraft, mit der sie auf das äußere Organ der Rechtsentstehung ihren Einfluß ausüben. Die feinsten und reichsten Nüancirungen kann man in dieser Hinsicht verfolgen. Von der äußersten Gränze, wo das civile Rechtselement aufhört, beginnt das „materielle Recht" (wenn ich diesen gefährlichen Ausdruck nochmals gebrauchen darf) in einer Weise, daß man es noch fast mit dem civilen Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit verwechseln könnte, und es steigt dann allmälig durch die ganze große Zahl der naturalen Rechtssätze hindurch bis zu jener absoluten Nothwendigkeit, die ein bestimmtes Rechtsinstitut von jeher zum unentbehrlichen Beglei-

22 ter der Menschheit gemacht hat. Naturſätze dieſer letzteren Art laſſen danach auch die formelle Sanction durch Gewohnheit oder Geſetz als eine im Grunde unwichtigere Nebenſache erſcheinen, und eine Aufhebung derſelben (wie z. B. der Ehe, des Eigenthums) würde, wenn ſie einmal in einem Volke vorkäme, durchaus denſelben Eindruck machen, wie das Dekret der franzöſiſchen Nation, welches die Exiſtenz Gottes abſchaffte. Es würde ein derartiges Geſetz eben wegen ſeiner Naturwidrigkeit ſich nur immer eine kurze Zeit aufrecht erhalten laſſen, nach deren Verlauf man dann doch ſagen könnte, daß der von jeher geltende Rechtsſatz, welcher nun auch wieder von Neuem zur Geltung durchgedrungen ſei, in jener kurzen Zwiſchenzeit überhaupt nur auf dem Wege der Gewalt in ſeiner factiſchen Anwendung geſtört worden ſei. Man würde hiemit daſſelbe ſagen, als wenn man es ſo faſſen wollte, es ſei dem bisherigen Rechtsſatz ein neuer, lediglich auf eine factiſch nicht durchführbare civilis ratio geſtützter Rechtsſatz für eine kurze Zeit entgegengetreten.

Wo nun aber die Kraft der naturalis ratio eine geringere iſt als die eben vorausgeſetzte, und wo ihr außerdem eine begründete civilis ratio gegenübertritt, da iſt natürlich auch der auf die letztere gebaute Rechtsſatz ein vollſtändig geſicherter. Fehlt hier indeß eine beſtimmte zu rechtfertigende civilis ratio, d. h. hat einmal der Geſetzgeber ganz zwecklos etwas der naturalis ratio Entgegenſtehendes angeordnet[1]), ſo iſt ſein Rechts-

1) Beim Gewohnheitsrecht kann dies ſchwer vorkommen, weil entweder eine den Erforderniſſen des Gewohnheitsrechts entſprechende Volksüberzeugung ſich im Gegenſatze zu einer in dieſem Volke lebenden naturalis ratio ſchwer bilden wird, oder umgekehrt bei dem Vorhandenſein der naturalis ratio eine ihr entgegenſtehende bloße Gewohnheit nicht in Betracht kommt. l. 2. C. quae sit longa cons. — Consuetudinis (der Gewohnheit) ususve longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut *rationem* vincat, aut legem.

satz freilich immer zunächst ein positiv gültiger, denn die civilis 22
ratio, unter der wir ja auch den ganz unzurechtfertigenden Willen verstehen, ist hier dennoch vorhanden. Aber es kann nicht ausbleiben, daß der Rechtssatz, als ein materiell unrichtiger, sich gegen die Spannkraft der naturalis ratio nicht zu halten vermag, und je nach der größeren oder geringeren Stärke des von der letzteren geübten Gegendrucks wird die Zeit bis zum Untergange jenes Rechtssatzes eine bald kürzere bald längere sein.

§. 23. Wir sind jetzt vollständig in den Stand gesetzt, 23
den im Anfange des vorigen §. bezeichneten Einwand zu widerlegen.

Die Prüfung des Verhältnisses eines bestimmten Rechtsinstituts zu der einschlagenden naturalis ratio ist ein nothwendiger Theil der Wissenschaft des positiven Rechts. Man muß wissen, ob ein Institut auf einem Boden steht, in dem von naturalis ratio gar nicht die Rede ist. Man muß wissen, ob und inwieweit da, wo umgekehrt das Reich der naturalis ratio betroffen wird, dieselbe nun auch wirklich in dem von Gesetz und Gewohnheit sanctionirten Rechte ihre Anerkennung gefunden hat. Man muß also zunächst wissenschaftlich erkennen, was hier die naturalis ratio sagt, und erst aus der Zusammenhaltung und Entgegensetzung derselben mit dem, was die gesetzliche und gewohnheitsrechtliche Satzung enthält, ist auch für diese letztere ein wissenschaftliches Verständniß möglich. Die Erforschung der civiles und naturales rationes war also nicht bloß für die Römer zu einer Zeit ein Bedürfniß, als, von einfachen Stützpunkten aus, ihr gesammtes Recht erst wissenschaftlich ausgebaut werden mußte, sondern auch, nachdem die Arbeit der Römer aus leicht erklärbaren Gründen eine äußere formelle Sanction erhalten hat, ist noch für uns ein Zurückgehen auf die einzelnen positiven Stützpunkte jedes Instituts immerfort nothwendig.

23 Wir müſſen ſelbſtändig und unabhängig von dem, was die Leiſtungen der Römiſchen Juriſten uns darbieten, den Proceß des Bauens von jenen Stützpunkten aus noch einmal unternehmen. Es beweiſt ſich dies aus folgenden Argumenten.

Sehr häufig iſt in einer Lehre der Bau der Römiſchen Wiſſenſchaft nicht zu Ende gebracht worden. Es iſt dies mehr der Fall, als heutzutage angenommen wird, und der Grund, daß man die Nothwendigkeit der weiteren Fortführung nicht ſieht, iſt gerade die gegenwärtige Methode der Behandlung des Römiſchen Rechts. Man kann erſt dadurch die Einſicht in die Nothwendigkeit und Möglichkeit des Höherbauens gewinnen, daß man vorher ſelbſtändig ſo hoch zu bauen verſteht, als ſchon Andere gelangt ſind. Es werden im weiteren Verlaufe dieſer Studien der Beweiſe genug vorkommen, daß wir an wichtigen Punkten höher zu bauen haben, wo bis jetzt davon entweder gar nicht, oder nur von ganz unklaren Standpunkten aus die Rede geweſen iſt; und die Behauptung, daß das Römiſche Recht ein in ſich vollendetes Ganzes ſei, das, einer geſchloſſenen Kuppel gleich, nicht weiter wiſſenſchaftlich fortgeführt werden könne, iſt eine Verkehrtheit, die eben nur als ein Zeichen der Unkenntniß auf den, der ſie äußert, zurückfällt. — In dieſen Gebieten iſt nun überhaupt unſerer Thätigkeit durch die formelle Geltung der Römiſchen Rechtsinſtitute in der Geſtalt des Corpus juris gar keine Schranke geſetzt, da unſere Thätigkeit nur, wenn ich ſo ſagen ſoll, supplendi juris civilis gratia vorſchreitet.

In einem zweiten Complex von Lehren werden wir durch ein ſelbſtändiges Verfolgen der ratio des Inſtituts zu dem Reſultate kommen, daß das bei uns gemeinrechtlich geltende Römiſche Recht ein incongruentes, ohne Grund von den naturalen Principien abweichendes ſei. Hier handelt es ſich alſo um Correction des Römiſchen Rechts, und zwar iſt wohl zu beachten, daß die Wiſſenſchaft in dieſer Hinſicht nicht bloß die Vorarbeit

vor dem Gesetzgeber hat, sondern daß auch gar oft die lichtvolle 23
Darstellung der naturalis ratio der Grund zu der Entwicklung eines neuen Gewohnheitsrechts schon geworden ist, und noch immer werden wird.

Aber auch abgesehen hievon ist es gerade für das Verständniß des positiv Geltenden, sei es im Corpus juris, im Preußischen Landrechte oder im Oestreichischen Gesetzbuch enthalten, durchaus nöthig, die Consequenzen der naturalis ratio ihm stets entgegenzuhalten. Weiter hinaus, als der der letzteren grundlos entgegenstehende Wille des positiv Sanctionirten nach wissenschaftlichen Interpretationsregeln reicht, existirt denn auch kein Hinderniß, die naturalis ratio zur Anwendung zu bringen; und wenn man genauer zusieht, so wird man meistens finden, daß der Herrschaft der naturalis ratio in der That ein viel geringeres Hinderniß im Wege liegt, als man anfangs geglaubt hatte. Ueberhaupt aber liegt hier der Hauptpunkt, durch dessen richtige Erkennung eine wahrhaft einheitliche Deutsche Rechtswissenschaft, trotz der verschiedenen privatrechtlichen Rechtszustände in den einzelnen Ländern, allmälig mehr gefördert werden kann. Die formelle Geltung des Corpus juris in den Ländern des gemeinen Rechts ist etwas, über das sich die Wissenschaft ebenso, wie über jene anderen Redactionen, zu erheben hat. Handelt es sich um civile Rechtselemente, so ist allerdings nur eine äußere Vergleichung und ein Besprechen vom Standpunkt der abwägenden menschlichen Rücksichten, und also der Zweckmäßigkeit (im wahren Sinn des Worts) möglich. Haben wir aber naturales Rechtsgebiet vor uns (und das ist ja immer das Meiste), so ist die Entwicklung der naturalis ratio in der That etwas für alle Gesetzgebungen reell Gemeinsames, indem daraus sich gerade erst der wahre Inhalt des hier und dort positiv Sanctionirten ergiebt. Es ist aber auch ferner das Band, das wir bei den uns einmal beschiedenen mehrfachen Gesetzge-

23 bungen mit um so größerer Energie festhalten müssen, indem vorzugsweise die naturalis ratio, wenn sie nur erst richtig erkannt ist, vermöge des Gegendrucks, den sie auf einen grundlos ihr widersprechenden Rechtssatz ausübt, uns in den Gebieten, wo es nöthig ist, wieder zur nationalen Rechtseinheit zurückführen wird.

24 §. 24. Die naturalis ratio ist nach den bisherigen Erörterungen etwas Objectives, in den menschlichen Verhältnissen selbst Liegendes. Soll die Wissenschaft sie richtig erkennen; soll sie einsehen, daß es sich hier nicht im Geringsten um eine subjectivirende aequitas handelt (die gerade umgekehrt in der civilis ratio besonders häufig hervortritt [1]); soll endlich die richtige

1) Daß übrigens öfters auch mit dem naturalen Rechtselemente ein Satz der natürlichen Billigkeit (naturalis aequitas) sich verbindet, soll dabei durchaus nicht geläugnet werden. s. z. B. Fr. 3. §. 7. de cond. caus. data. Fr. 14. 15. 66. de cond. indeb. Aber die aequitas (auch mit dem Zusatze naturalis) ist etwas begrifflich vom jus naturale, d. h. von Sätzen, die von außen her dem Menschen als gegebene und selbständig bestehende entgegentreten, vollständig Geschiedenes. Die aequitas ist subjectives Meinen des Menschen, es liegt darin, bei gewissen objectiven Voraussetzungen, stets ein positives subjectives Eingreifen, welches (im Gegensatz zu anderen Arten des Eingreifens) hier stets ein gewisses mildes Ausgleichen der Verhältnisse zum Zweck hat. Die aequitas kann der Grund werden, der die positive Satzung hervorruft, welche auch für die Anerkennung naturaler Verhältnisse (z. B. bei der cond. indebiti, d. h. dem objectiv Herübergegangensein eines materiellen Vermögensstückes aus dem Vermögenskreise des Einen in das des Anderen unter genaueren, mit den übrigen Condictionen in organischer Gliederung stehenden, Voraussetzungen) immer noch nöthig ist. Die aequitas kann aber auch mit mehr oder minder entfernter Anknüpfung an naturale Voraussetzungen ganz civile Rechtsinstitute schaffen, s. z. B. Fr. 1. pr. de legat. praest. Fr. 1. pr. de collat. Fr. 1. §. 1. de conjungend. Fr. 1. §. 1. de doli except. Vgl. auch noch Fr. 85. §. 2. de reg. jur. — Quoties *aequitatem* (*Flor.*: aequitate) desiderii *naturalis* ratio aut dubitatio *juris* moratur, justis decretis res temperanda est.

Stellung der naturalis ratio zwiſchen den ſubjectiven Elementen 24
im Rechte gewonnen werden, — ſo iſt es immer feſtzuhalten, daß wir es hier mit etwas zu thun haben, das außerhalb, und ebendeßhalb materiell über, und formell unter dem menſchlichen Willen ſteht.

Dieſen menſchlichen Willen haben wir bisher nur als den im Volk und im Staat ſich verkörpernden Willen, den Geſammtwillen, kennen lernen, wir haben dabei anerkannt, daß beide, Geſetz und Gewohnheitsrecht, der naturalis ratio entgegentreten können. Es iſt ja überhaupt der Gedanke ganz zu verbannen, als wenn in einem der naturalis ratio entgegentretenden Rechtsſatz immer eine willkührliche und unheilſame Abweichung vom rechten Wege läge. Wir können des civilen Rechtselementes, oft auch gerade im Widerſpruch mit dem naturalen, gar nicht entbehren, und häufig iſt es nicht die bewußte Ueberlegung des Geſetzgebers, ſondern die von einem unabweislichen nationalen Bedürfniß getriebene Volksüberzeugung, welche ein die naturalis ratio verdrängendes oder verhüllendes Rechtsinſtitut ſchafft [1]).

Dem menſchlichen Geſammtwillen tritt nun aber von der

1) Wie bei den Römern das justum matrimonium die naturale Stellung der Ehe urſprünglich ganz verhüllte, wie die mancipatio und in jure cessio die traditio ganz zurückdrängte, ſo iſt es auch noch heutzutage ein in unſerem deutſchen Volksbewußtſein an den meiſten Orten feſtbewahrter Satz, daß Grundſtücke nicht durch Tradition ſondern gerichtliche Auflaſſung ſollen übertragen werden können. Aber während wir ſehr genau wiſſen, wie bei den Römern ſich die mancipatio zur traditio verhielt, ſo ſuchen wir (an der Stelle eines hier behaupteten ganz weſenloſen Kampfes des Römiſchen mit dem Deutſchen Rechte) die wiſſenſchaftliche Unterſuchung der ſehr feinen Fragen, wie ſich die naturale traditio zur civilen Auflaſſung verhalte, in unſerer Literatur vergebens. Natürlich! Steht es ja doch nicht im Corpus juris, und kann man doch auch nicht an die Stelle des Wortes mancipatio einfach das der Auflaſſung ſetzen!

anderen Seite der menschliche Privatwille gegenüber, und offenbar kann die Stellung der naturalis ratio zu ihm keine andere sein, wie die zum Gesammtwillen. Also sie steht ebenfalls materiell über ihm und formell unter ihm, und natürlich kann hieran auch dadurch nichts verändert werden, daß die an und für sich außerhalb des Rechtsgebietes stehenden Natursätze mit ihrem bisherigen Inhalt in dasselbe aufgenommen werden. So kommt es denn, daß die naturalis ratio mitten zwischen den Gesammtwillen und den besonderen Willen tritt, daß sie das sich von selbst verstehende gemeinsame Gebiet bildet, auf dem sich vorherrschend beide Willensgestaltungen bewegen müssen, daß aber alle drei Elemente zusammen die Quellen sind, aus denen sich der Inhalt der Rechtsverhältnisse ergiebt. Der Gesammtwille findet es häufig nöthig, von der naturalen ratio abzuweichen, und es also dann meist auch dem besonderen Willen nicht zu gestatten, der civilen Satzung sich zu entziehen. Auf der anderen Seite findet auch der besondere Wille, da wo ihn eine unausweichliche civilis ratio nicht bindet, es oft gerathen, der naturalis ratio seine eigene individuelle ratio zu substituiren, aber dieser individuelle Wille ist nun geeignet, dadurch daß er sich allgemein macht, Lebensverhältnisse ganz umzugestalten, so daß aus dem allgemein gewordenen individuellen Willen sich, je nach der Verschiedenheit seines Inhaltes, entweder eine neue civilis oder auch naturalis ratio entwickeln kann.

In wie weit diese Sätze mit der bekannten Eintheilung der essentialia, *naturalia* und accidentalia negotia zusammentreffen, also mit einer Eintheilung, in die oft sehr unklare und unrichtige Begriffe eingemischt worden sind, kann ich hier nicht weiter erörtern. Und überhaupt will ich hiemit die von mir aufgeworfene Frage „von der Erforschung der Natur im Recht" schließen. Vielleicht wird mancher denkende Leser aus dem Gesagten die Ueberzeugung gewonnen haben, daß die Wis-

senschaft hier ein Gebiet unbeackerten Feldes gelassen hat, dessen Bebauung für uns zur dringenden Nothwendigkeit geworden ist.

C. Die juristische Logik.

§. 25. Ich habe mich in dem Bisherigen mit dem Stoffe beschäftigt, aus dem die Rechtsregeln bestehen, und dessen Kenntniß uns für das richtige Verständniß des Inhaltes der Rechtssätze unentbehrlich wird. Auf die Mittel nun, wodurch dieses Verständniß bei den einzelnen concreten Rechtssätzen hergestellt wird, also auf die bei uns viel besprochene juristische Interpretationslehre einzugehen, liegt nicht in dem Zwecke dieser Schrift. Ich habe also nicht die Absicht, zu prüfen, wie der von der rechtsetzenden Gewalt gehegte Wille, durch die vorliegenden Worte, durch den Zusammenhalt des einzelnen Rechtssatzes mit anderen neben ihm stehenden, durch die genauere Untersuchung der factischen Verhältnisse, auf die der Rechtssatz nicht berechnet war und doch paßt[1]) u. s. w. — ermittelt werde. Ich bezwecke ferner auch nicht hier auseinanderzusetzen, wie alle diese Interpretationsmittel, um als genügend anerkannt werden zu können, uns mit der zwingenden Kraft der Logik auf einen bestimmten Willen der das Recht hinstellenden Gewalt zurückführen müssen, wie also in dieser Hinsicht alle Interpretation eine logische muß genannt werden können[2]).

---

1) Diesen einen Punkt bezeichnet Stahl (s. oben §. 8. S. 26. Note 1) in nicht rathsamer Weise mit dem Ausdruck: Natur der Sache. Man könnte dann überhaupt weiter gehen, und die Natur der Sache mit logischer Nothwendigkeit ganz identificiren.

2) Auch auf die Frage will ich mich hier nicht einlassen, in wie weit dem richtig erkannten Rechtssatz durch eine (dem eben bei Note 1. besprochenen Punkte am nächsten liegende) analoge Anwendung eine über das eigentliche Gebiet, auf das er paßt, noch hinausreichende Bedeutung zugewiesen werden darf, und wie weit hierbei eine besondere von der logi-

Dagegen muß ich noch der anderen Frage mich zuwenden, nach welchen Regeln es der Wissenschaft möglich ist, mit Rechtssätzen, die wir zunächst als gegebene und ihrem Inhalte nach erkannte voraussetzen, weiter zu operiren und damit das Recht allmälig immer weiter auszubauen. Es handelt sich dabei für den Juristen um eine ähnliche Stellung, wie sie der Chemiker einnimmt, der, nachdem er die Stoffe zunächst rein dargestellt hat, sie nun wieder in immer neuen Combinationen mit einander in Contact bringt, um zu sehen ob sie gleichgültig neben einander verharren, ob sie einander abstoßen, oder endlich sich anziehen und Verbindungen mit einander eingehen, die nun wieder als neue Stoffe zu dem Kreise der bisherigen hinzutreten, um in immer wieder neuen Combinationen eine stets wachsende Zahl von Stoffen hervorzurufen. Haben wir, das ist die Frage, in unsern juristischen Argumentationen bei der Combination der Rechtssätze und bei der Erschließung neuer, lediglich der logischen Consequenz zu folgen, oder giebt es hiebei noch andere rein juristische Wege, die über das Gebiet der Logik hinausliegen? Man spricht so oft von „consequenter Rechtsbildung", daß es der Mühe lohnt, zu untersuchen, was für eine Art von Verhältniß und Ebenmaaß einer Mehrheit von Rechtssätzen untereinander wir darunter verstehen. Auch hier werden uns, indem wir auf diese Frage eine Antwort suchen, die über das civile und naturale Rechtselement gewonnenen Resultate ihre Dienste leisten.

Beginnen wir zunächst mit der Betrachtung eines Beispiels. Der Rechtssatz, daß man Alles muß verpfänden können (abgesehen von besonderen Ausnahmen), was dem Gläubiger materielle Sicherheit objectiv zu gewähren im Stande ist, — also was man in bonis hat, und was sich verkaufen läßt, — ist im

---

schen Nothwendigkeit verschiedene „organische Consequenz" (wie es Savigny Syst. I. V. 292. nennt) angenommen werden könne.

Einzelnen mit allen Dingen zusammenzustellen, die diesen beiden Gesichtspunkten entsprechen, mit körperlichen Sachen, Servituten, Emphyteusis, Superficies, Pfandrecht, Forderungen. Angenommen nun es entwickelt sich durch die Fortbildung des Rechts der neue Rechtssatz, daß man das Erbrecht (nicht bloß die Erbschaft) durch Ueberlassung der Ausübung, also Cession im engeren Sinne, ebensogut wie Forderungen und Usufructus veräußern kann, so muß man diesen neuen Satz mit jenem pfandrechtlichen zusammenhalten, und gewinnt damit den Rechtssatz (der übrigens noch sehr der Betrachtung im Einzelnen werth ist), daß auch das Erbrecht verpfändet werden kann.

Wir sehen aus diesem Beispiele, daß die Rechtssätze, indem sie mit anderen eine Verbindung eingehen, neue Rechtssätze erzeugen. Wir können den erzeugten Rechtssatz den Folgesatz, den erzeugenden den Fundamentalsatz nennen. Der Folgesatz, indem er dann wieder neue Verbindungen eingeht, bringt nochmals einen weiteren Rechtssatz hervor, und in dieser Weise kann sich eine ganze Kette von Rechtssätzen entwickeln, deren Descendenten- und Ascendentenverhältniß noch immer genau in jedem einzelnen von ihnen erkennbar ist. Was wir aber so bildlich bezeichnet als eine Zeugung eines Rechtssatzes aus zwei anderen auffassen können, ist logisch betrachtet, eine ganz einfache Schlußfolgerung, die unter den gewöhnlichen Denkgesetzen steht. Wir wollen nach obigem Beispiele das materielle verkäufliche Vermögen A nennen, das Erbrecht B, und die Gegenstände des Pfandrechts C, so gewinnen wir den bekannten Schluß:

$$C = A$$
$$B = A$$
$$\text{also ist } B = C$$ [1]).

1) Oder ein anderes Beispiel: wer in einem Verhältniß steht, das er zugleich als eigene und zugleich als fremde Angelegen-

25 Die Ketten von Rechtssätzen, welche sich durch das Waltenlassen dieser juristischen Logik bilden, sind nun oft sehr lang, wir haben aber dabei immer festzuhalten, daß wenn wir auch durchaus berechtigt sind uns der Kürze halber die Descendenz eines Rechtssatzes von einem einzelnen anderen als eine gerade, von anderen unabhängige, Linie zu denken, in Wahrheit es sich mit diesen gegenseitigen Beziehungen der Rechtssätze zueinander so verhält, wie mit einem vollständiger aufgezeichneten Stammbaume. Wir müssen in den Letzteren außer den von einander abstammenden Männern auch die Frauen, und ferner auch die allseitigen Seitenverwandten aufnehmen, und so ist auch die Verwandtschaft der Rechtssätze untereinander nicht bloß wie eine große Zahl parallel laufender, d. h. also als Abstammung eines Rechtssatzes von einem einzigen anderen, sondern wie die mannigfach nach den verschiedensten Seiten hin ineinandergreifende natürliche Blutsgemeinschaft der Menschen zu denken. Nichtsdestoweniger aber werden wir doch zur Bezeichnung der geraden Descendenz, wenn es uns nur interessirt, daß ein einzelner Rechtssatz einem anderen das Dasein gegeben hat, auch das Bild einer „Kette von Rechtsregeln" beizubehalten berechtigt sein.

26 §. 26. Das sorgfältige und wohldurchdachte Aneinander-

---

heit zu betrachten hat, wie dies außer den Gemeinschaftsverhältnissen bekanntlich noch im Familienrecht bei der Dotalverwaltung des Mannes und der Administration des Vormundes eintritt (A), der hat für diligentia quam suis (B) zu haften. Jener Gesichtspunkt (A) findet an und für sich auch ganz für den die Adventitien verwaltenden Paterfamilias (C) statt, nur daß dies meist durch das ihm außerdem zustehende Nießbrauchsrecht, wonach man für abstracte levis culpa haftet, verdeckt wird. Daraus aber folgt, daß wo C selbständig und allein hervortritt, also wenn der Paterfamilias etwa auf seinen Nießbrauch verzichtet und nur die Verwaltung behält, C auch gleich B sein muß, d. h. der Vater nur diligentia quam suis zu prästiren hat.

fügen von Glied an Glied in dieſen juriſtiſchen Ketten iſt re- 26
gelmäßig eine der Hauptaufgaben und eine Hauptthätigkeit der Jurisprudenz. Unſere Arbeit wird in dieſer Hinſicht nie aufhören, indem der hiſtoriſche Wechſel in der Geltung der Rechtsſätze, das Untergehen derſelben einerſeits und andererſeits das Entſtehen neuen Rechts, hier eine immerfort lebendige dogmatiſche Verarbeitung des geltenden Rechtsmaterials nothwendig machen.

Es iſt aber durchaus nicht zu glauben, daß die Wiſſenſchaft nur Folgeſätze, Geſetz und Gewohnheitsrecht dagegen ſtets Fundamentalſätze erzeugten. Es iſt nämlich bekannt genug, daß der Juriſtenſtand ſowohl der Träger eines in dem beſonderen Geſichtskreiſe dieſes Standes liegenden Gewohnheitsrechts, als auch durch beſondere poſitive Beſtimmung der Inhaber eines abgezweigten Geſetzgebungsrechts (wie namentlich bei den Römern durch das jus respondendi) werden kann. Freilich iſt in beiden Fällen das „Recht der Wiſſenſchaft“ nur äußerlich, nicht aber begrifflich vom Geſetzes- und Gewohnheitsrecht geſchieden, indeſſen iſt es doch jedenfalls richtig, daß die Wiſſenſchaft nicht ſelten in der Lage iſt, neue Fundamentalſätze in ihrem eigenen Schooße aufzuſuchen. Von der anderen Seite aber kann in einem ſelbſtändigen Geſetz oder Gewohnheitsrecht ſich ein Rechtsſatz finden, der bei genauerer Prüfung ſich lediglich als der Folgeſatz eines anderen herausſtellt.

Ganz beſonders häufig wird dies da der Fall ſein, wo ein Geſetz nur den formellen Zweck hat, einen bisher von der Wiſſenſchaft frei ausgearbeiteten Rechtstheil hinterdrein, nachdem mehr wiſſenſchaftlicher Stillſtand eingetreten iſt, und das practiſche Bedürfniß eine gewiſſe äußere Fixirung des Ganzen verlangt, — in einer beſtimmten Redaction zuſammenzuſtellen. Es kann die Sache aber auch noch anders liegen, indem ein wirklich materiell neuer Rechtswille ſich in das Kleid eines wiſ-

26 ſenſchaftlich nicht zuläſſigen ganz willkührlichen Folgeſatzes ſteckt, und, weil er nun doch ſelbſtändig in einer Rechtsquelle ſanctionirt iſt, uns die weiteren logiſch möglichen Folgeſätze natürlich freiläßt. Wenn z. B. durch ein Geſetz oder Gewohnheitsrecht der Satz anerkannt iſt, daß socii das beneficium competentiae haben ſollen, weil ſie in gewiſſer Weiſe als Brüder anzuſehen ſeien[1]), ſo macht der beſondere Wille einer Rechtsquelle jenen erſten Satz zum Folgeſatz dieſes zweiten. Jener wird aufgefaßt als hervorgegangen aus der Verbindung dieſes Letzteren mit einem anderen nicht ausgeſprochenen. Nothwendig muß es danach nun aber der Wiſſenſchaft freiſtehen, aus jenem willkührlichen und eben nur ſcheinbaren Folgeſatz nun umgekehrt den wirklichen logiſch unvermeidlichen, nur von der Rechtsquelle nicht ausgeſprochenen Schlußſatz zu ziehen:

A (socii) = B (Brüder)
A (socii) = C (benef. comp.)

ſo müſſen denn auch B = C ſein, d. h. die Geſchwiſter das beneficium competentiae haben.

Wie nun aber auch die Ziehung des Folgeſatzes, ſei es durch die Wiſſenſchaft, ſei es durch eine poſitive Rechtsquelle, geſchehe, ſo kommt es übrigens nicht bloß darauf an, daß das beſtehende Recht eben nur durch eine möglichſt große Zahl ſolcher Folgeſätze bevölkert und verfeinert werde, es entwickelt ſich vielmehr durch das Vorhandenſein dieſer Folgeſätze bei einem jeden ſchon mehr ausgebildeten Rechte eine weitere neue Pflicht

1) Fr. 63. pr. pro socio. — Quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. — Dieſer Grund des Ulpian iſt rein wiſſenſchaftlich nicht zu rechtfertigen; für uns aber kommt er als Rechtsſatz wegen der formellen Geltung des Corpus juris in Betracht, für den Römiſchen Juriſten war er zuläſſig wegen der formell durch das jus respondendi erhöhten Stellung, wonach auch das ganz willkührlich von einem Juriſten Ausgeſprochene, wenn es wegen ſeiner Zweckmäßigkeit allgemeine Billigung fand, legis vicem hatte.

der Wissenschaft. Wir dürfen die Gesammtheit unserer Rechts- 26
sätze nicht als einen Complex von nebeneinandetstehenden Bestimmungen betrachten, wir müssen vielmehr die Rechtssätze in der Weise ordnen, wie sie sich in Wahrheit gebildet haben. Also die ganze Descendentenreihe von Folgesätzen, wie wir sie oft in einer langen Kette an einem Fundamentalsatze hängen sehen, haben wir wieder hinaufzusteigen, bis wir endlich an den Stammvater, den Fundamentalsatz, gelangen, nämlich den von dem gesetzgeberischen oder gewohnheitsrechtlichen Willen allein gesetzten, nicht erst wieder aus einem anderen Rechtssatz abgeleiteten. Das Recht eines Volks besteht aus einer mehr oder weniger großen Zahl solcher Aborigines, und daneben einer jedenfalls weit größeren Menge von Folgesätzen. Die Wissenschaft muß es sich in Betreff jedes einzelnen Rechtssatzes klar machen, welche Stellung er in dieser Hinsicht einnimmt[1]).

Ich habe bereits bei einer anderen Gelegenheit darauf aufmerksam gemacht, welche Bedeutung dies für die Frage hat, ob ein einzelnes Rechtsinstitut des Corpus juris in Deutschland recipirt worden sei, indem es eben darauf ankommt nachzuweisen, daß der Fundamentalsatz, gleichsam der Schwerpunkt des Körpers, im Kreise des Deutschen Rechtslebens liegt, um uns zu berechtigen, den ganzen Körper als uns zugehörig zu betrachten[2]). Es handelt sich dabei aber nur darum, in den Umrissen, also gleichsam von außen her, nachzuweisen, daß ein

1) Es wird einleuchten, daß das, was ich hier Fundamentalsatz nenne, keineswegs zusammenfällt mit dem was man heutzutage oft sehr willkührlich mit dem Namen „juristisches Princip" bezeichnet. Man versteht darunter theils die ratio (wobei zu bemerken ist, daß die naturalis ratio als solche noch gar kein Rechtssatz ist), theils die Vereinigung von mehren unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt fallenden Folgesätzen, theils endlich gewisse Fundamentalsätze. Aber gar nicht alle Fundamentalsätze würde man mit dem Worte eines Princips bezeichnen wollen.

2) Meine bon. poss. II. 2. S. 363 f.

26 gewiſſer Complex von Rechtsſätzen ein nach der Natur unſerer Lebensverhältniſſe in ſich zuſammengehöriges und von anderen geſchiedenes Individuum, ein, wie wir zu ſagen gewohnt ſind, eigenes Rechtsinſtitut iſt, und in dieſer Hinſicht kommt es auf die Nachweiſung des inneren logiſchen Zuſammenhanges der einzelnen Rechtsſätze noch gar nicht an.

Wollen wir dagegen, wovon wir hier ſprechen, zum Zweck des inneren Verſtändniſſes der Rechtsregeln uns dieſelben wiſſenſchaftlich rangiren, ſo müſſen wir weit ſchärfer die Beziehungen von Fundamentalſatz und Folgeſatz auseinanderlegen, wir müſſen uns die logiſche Stellung derſelben zu einander vollſtändig klar machen. Das was man nämlich zunächſt in einem weiteren Sinn als Fundamental- und Folgeſatz bezeichnen kann, läßt ſich unter der juriſtiſchen Lupe noch viel genauer in ſeinen einzelnen Fäden erkennen, wobei ſich das, was in Wahrheit (logiſche) Conſequenz und was Anſchauung und Benutzung des uns dargebotenen Stoffes iſt, völlig von einander ſcheidet.

27 §. 27. Verfolgen wir dies genauer an einem einzelnen Beiſpiele.

Aus dem Begriff der directen Univerſalſucceſſion geht in Verbindung mit dem anderen Rechtsſatz, daß Alles, was überhaupt ein wahres Recht iſt, auch einen Klagenſchutz zum Zweck der Anrufung des Richters findet, der Folgeſatz hervor, daß die Geſammtheit der activen Ausflüſſe des Erbrechts für den Erben mit einem Klagenſchutz muß verſehen ſein. Das iſt logiſche Conſequenz. Nun aber fragt ſich, was iſt activer Ausfluß des Erbrechts? Dabei wird es zunächſt auf die in einem Volke überhaupt vorkommenden Lebensverhältniſſe ankommen, und es kann danach natürlich, unter der Vorausſetzung einer Verſchiedenheit der Lebensverhältniſſe, eine völlig verſchiedene Geſtalt der Erbrechtsklagen die Folge ſein. Aber auch wenn

wir gleiche Verhältnisse voraussetzen, so kommt es nun weiter 27
auf die Art der Erfassung der Verhältnisse an. Es ist das gleichsam das Ausschöpfen des Materials aus dem Strome des Lebens, aber dies Ausschöpfen geschieht schon mit einer juristisch geformten Kelle. Möglich daß dabei gar nicht Alles, dessen man bedürfte, herausgeschöpft wird, möglich daß das Schöpfen ungeschickt geschieht, jedenfalls werden davon unzulängliche oder verkehrte Rechtssätze die Folge sein. Immer aber handelt es sich hierbei um etwas Anderes als logische Consequenz. Es handelt sich um rerum humanarum notitia, und es kommt darauf an, nicht bloß mit sicherem Blick das ganze Feld zu überschauen, das hier überhaupt in Betracht zu ziehen ist, sondern auch in diesem Felde das Anomale, Zufällige, Willkührliche von dem Constanten und Regelmäßigen zu scheiden, und dieses Letztere unter die in ihm selbst liegenden Criterien zu bringen. Gerade weil es sich hier noch nicht um logische Consequenzen, sondern erst um kunstvolle und geschickte Erfassung des Stoffes, aus dem wir Consequenzen ziehen wollen, handelt, gerade weil die Römer in dieser Hinsicht eine so große Meisterschaft bewährt haben, so ist uns das Römische Recht von so ganz außerordentlichem Werthe.

Blicken wir nun wieder auf unser Beispiel, und fragen, wie in Betreff des Klagenschutzes des Erben die Römer sich die Lebensverhältnisse gruppirt haben, so läßt sich noch genau verfolgen, daß sie erst schrittweise hierin sich vervollkommnet haben. Sie scheiden schließlich die Gesammtheit der erbrechtlichen Verhältnisse, so weit sie auf der activen Seite in Betracht kommen, in drei einfache Klassen:

1. Die Gesammtheit der Verhältnisse, in denen der Erblasser schon bei seinem Tode im Klagzustande war (actiones defuncti) [1]).

1) §. 1. J. de perp. et temp. act. Fr. 16. pr. Fr. 20. §. 4. de her. pet.

27 2. Die Gesammtheit der Verhältnisse, in denen der Erblasser im Momente des Todes im Besitzzustande war, mogte dem Erblasser an den Gegenständen seines Innehabens ein materielles Recht zustehen, oder mogte dieses Innehaben der Grund sein, daß er von Anderen mit einer dinglichen oder persönlichen Klage zu belangen war (corpora hereditaria oder res hereditariae) [1]).

3. Die Gesammtheit der seit dem Tode des Erblassers im Contact mit der hereditas neu begründeten Verhältnisse (debitores hereditarii) [2]).

Diese drei Klassen sind durchaus keine logisch nothwendigen, es sind dies auch überhaupt keine Consequenzen. Wir haben es hier mit tactvollen Gruppirungen des vom Leben dargebotenen Stoffes zu thun. Aber das eben macht in dieser Lehre das Römische Recht so werthvoll, daß dasselbe in dem, was ich oben als wahre logische Nothwendigkeit bezeichnete, nämlich in der Existenz des vollen Klagenschutzes, jenes geschickte Erfassen des Stoffes hindurchscheinen läßt. Aber hüten wir uns zu glauben, daß jene drei Klassen nun für die Construction des erbrechtlichen Klagensystems die nothwendige Norm abgäben, wonach äußerlich die Klagformen von einander geschieden wären, ja täuschen wir uns auch darin nicht, daß gerade die Römer die Erbrechtsklagen danach vollständig in drei Klassen getheilt hätten. Es ist von vorn herein auch ein ganz anderer Standpunkt möglich, den ebenfalls die Römer an sich vollständig anerkennen, der nämlich, daß der Erbe jedes einzelne Recht des Erblassers (oder der daran angeknüpften Person der hereditas jacens) mit einer einzelnen Klage geltend machen kann,

---

1) Fr. 9. Fr. 18. §. 2. Fr. 19. de her. pet.

2) Fr. 16. §. 1—7. Fr. 20. §. 6. Fr. 25. §. 4. 5. 11. 15. Fr. 40. §. 1. Fr. 31. §. 3. 4. Fr. 40. pr. Fr. 37—39. de her. pet.

ſobald er nur das einzelne Recht und nebenbei ſein Erbrecht 27
beweiſt.

Das Römiſche Recht iſt nun aber nie in der Lage geweſen, die Conſtruction der Erbrechtsklagen, von dem einen oder anderen Standpunkte aus, ganz beliebig frei und neu auf eine noch unbeſchriebene Tafel zeichnen zu können. Es hat weder eine Univerſalklage für alle Verhältniſſe des Erbrechts gegeben, noch eine ganz durchgeführte Trennung jener drei Klaſſen, noch endlich eine vollſtändige Vereinzelung der einzelnen Rechte (bei der eine Verbindung mehrer gegen denſelben Beklagten immer noch denkbar wäre). Es kommen nämlich für die Lehre von den Römiſchen Erbrechtsklagen nun außerdem rein civile, zufällige und willkührliche, Rechtselemente in Betracht, insbeſondere die pro herede usucapio und ferner der Umſtand, daß ein tieferer Einblick in das Weſen der dritten Klaſſe verhältnißmäßig erſt in ſpäter Zeit hervorgetreten iſt. Durch die pro herede usucapio iſt offenbar der Satz hervorgerufen, daß der Erbe vor Allem eine Klage gegen den haben muß, der ihm hereditatis controversiam macht, d. h. ſein Erbrecht mit der Gefahr ein Erbſchaftsſtück zu uſucapiren läugnet. Da nun aber dieſer Satz einmal da war, ſo haben ihn die Römer (im Gebiete des Civilrechts, da für die bon. poss. von vorn herein die Sache anders war) natürlich auch mit logiſcher Conſequenz durch alle jene drei Klaſſen hindurchgeführt. Und ſo ſind ſie denn zu folgendem Reſultat gelangt:

1. Die hereditatis petitio iſt vorzugsweiſe eine Klage zum Schutz der zweiten Klaſſe (Einforderung der corpora hereditaria), aber ſie geht nur gegen den, der dem Kläger im wahren Sinn hereditatis controversiam macht, und der als eigenmächtiger Beſitzergreifer und Beſitzer (welchem nur der fictus possessor gleichgeſtellt worden iſt) dies Veranlaſſen der her. controversia auch factiſch bethätigt. Nur mittelſt einer utilis actio iſt

27 hieran auch noch der als Beklagter angelehnt worden, der die Erbschaft als Ganzes von dem eigenmächtigen Besitzergreifer erlangt hat[1]). Weiter aber reicht die Klage nicht, und also der, welcher eine einzelne Sache aus den corpora hereditaria vom eigenmächtigen Besitzergreifer erwirbt, kann vom Erben (auch wenn diesem sein Erbrecht geläugnet wird) nur mit der Einzelklage des Erblassers (z. B. rei vindicatio) belangt werden.

2. Von der ersten Klasse hat die her. pet. nicht die dinglichen, wohl aber die obligatorischen Klagen aufgenommen, unter der Voraussetzung, daß der Beklagte (juris possessor) dem Kläger hereditatis controversiam machte[2]), d. h. solche Behauptungen aufstellte, daß er früher die pro herede usucapio hatte. Waren die Behauptungen dagegen dem nicht gemäß, oder handelte es sich um eine dingliche Klage, der gegenüber die pro herede usucapio nicht statt fand (quia nemo sibi causam possessionis mutare poterat), so hatte der Erbe wiederum nur die actio defuncti.

3. Die dritte Klasse ist endlich ebenfalls mit in die her. pet. hineingezogen worden, aber unter derselben Voraussetzung, daß der Beklagte, z. B. ein negotiorum gestor, dem Kläger als juris possessor hereditatis controversiam macht[3]), also behauptet, daß ein Anderer, für den er gerirt, der Erbe sei. Wo nicht, so haftet er dem Erben, selbst wenn er einen Anderen für solchen ansah, nur mit der Einzelklage (negotiorum gestorum), die freilich keine actio defuncti, wohl aber eine an die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen sich gleichartig anschließende einzelne actio hereditaria ist[4])

1) Fr. 13. §. 4 — 12. de her. pet.

2) Fr. 16. pr. 20. §. 1. Fr. 42. de her. pet.

3) Fr. 16. §. 3. de her. petit.

4) Fr. 10. si pars her. pet. — Dem bonorum possessor wird hier

So also sehen wir mit vollster logischer Genauigkeit das 27
Princip durchgeführt, daß nur der Beklagte, der dem Kläger hereditatis controversiam macht, mit der hereditatis petitio belangt werden kann, aber dies Princip selbst ist ein rein civiles, an und für sich willkührliches, und stützt sich auf einen Punct, der später ganz unbedeutend wurde, aber jener Klage ein für allemal ihr positives Gepräge gegeben hat. Nichts destoweniger hat es die Römische Jurisprudenz verstanden, das was das positive Princip nothwendig mit sich brachte, innerlich zu durchleuchten mittelst jener drei Klassen, die eben nichts sind als naturale Erfassung sich von selbst ergebender factischer Gegensätze.

Was lernen wir nun aus der Zergliederung dieses Beispiels? Ich denke Folgendes. Man hat gerade bei der hereditatis petitio Vieles hervorgehoben, was sich als besonders scharfe und consequente Rechtsgestaltung bezeichnen lasse. Zerlegt man es genauer, so findet sich, daß die eigentlichen Consequenzen immer nur logische sind, daß aber das, was außer denselben noch vorliegt, sich auf unsere oben besprochene abstrahirende Thätigkeit, die gehörige Erkennung und Scheidung des civilen und naturalen Rechtselementes, reducirt. — Dasselbe Resultat aber, das wir aus diesem Beispiele entnommen haben, wird sich ebenso gut auch aus der Zerlegung beliebiger anderer Institute gewinnen lassen.

Eine richtige dogmatische Analyse fordert nun bei jedem Institute das Zurückgehen von Allem, was logischer Folgesatz ist, auf die Fundamentalsätze, unter denen wir stets auf gewisse civile Elemente stoßen werden, die das Rechtsinstitut äußerlich gesetzt haben, und bei denen dann erst weiter zu untersuchen ist, ob sie ein Waltenlassen der naturalis ratio zulassen

unter allen Umständen eine actio fictitia negotior. gestor. gegeben worden sein.

n oder nicht. So habe ich auch schon in Betreff des in dem folgenden Hefte genauer zu entwickelnden Beispieles oben bemerkt, daß wir darin auf drei absichtlich sehr allgemein gefaßte Fundamentalsätze zurückgewiesen werden, nämlich die exceptio doli, die kurzen Edictsworte der actio negotiorum gestorum und die ganz gleichartige Grundlage der actio de in rem verso, welche insgesammt uns volle Freiheit lassen, dem nachzugehen, was die naturalis ratio hier, nicht bloß (wie dort bei der her. petitio) als verschiedene Möglichkeiten, sondern in Wahrheit mit gebieterischer Nothwendigkeit an die Hand giebt.

IV.

Der Boden der wissenschaftlichen Thätigkeit.

§. 28. Am Ende des §. 4. gab ich die drei Fragen an, 28
deren Untersuchung mich in dieser Abhandlung beschäftigen sollte. Die erste derselben betraf die Grundsätze über die Geltung des Römischen Rechts, und sie bedurfte nur einer kürzeren Darlegung (§. 5. u. 6.). Die zweite, die ich mit der Bezeichnung: „juristische Wissenschaftslehre" einführte, hat einen bei Weitem längeren Raum in Anspruch genommen (§. 7—27.). Die dritte ist es, die nun noch der Erörterung bedarf.

Wenn man verfolgt hat, in wie weit uns die Römischen Rechtsregeln binden und in welcher Weise wir auf der anderen Seite die volle Freiheit der selbständigen Analyse unserer Rechtsinstitute haben, so wird man schließlich noch zu fragen veranlaßt: welche Rechtsinstitute denn nun mit dem Anspruch auf volle wissenschaftliche Analyse in dem Gebiete derer liegen, die nach unseren heutigen Einrichtungen die Bearbeitung und Darstellung des Römischen Rechts übernommen haben.

Es ist einleuchtend, daß es sich hiebei vorzugsweise nur um conventionelle Rücksichten handeln kann, und daß die Beachtung und Festhaltung des einmal Hergebrachten, wenn es nur nicht nachtheilig wirkt, schon deßhalb, weil es in tausend äußeren Beziehungen zu anderen Einrichtungen steht, ganz besonders zu empfehlen ist. Ein beliebiges Wechseln, Umwerfen

und Experimentiren in diesen äußerlichen Dingen würde durchaus am unrechten Orte sein. Aber etwas Anderes ist es, daß man stets im Auge haben muß, wie weit das gesammte Feld reiche, welches zu einem äußeren Ganzen vereinigt, conventionelle Rücksichten nun einmal einem gewissen Kreise von Pflegern der Wissenschaft zugewiesen haben. Wenn es etwa hergebracht sein sollte, von diesem ganzen Felde, im Gefühl des Reichthums an Grund und Boden, ein großes Stück unbearbeitet zu lassen, so würde eine Festhaltung dieses Herkommens eine äußerst verderbliche werden können. Mag es sein, daß eine Bearbeitung des schon oft durchwühlten Bodens noch immer lohnend und nöthig ist; aber ein gänzliches Beiseitelassen des übrigen Terrains wird uns leicht der Gefahr aussetzen, daß, indem wir wissenschaftliches Gold suchen, wir mit großer Mühe immerfort den geringsten Goldstaub auswaschen, und an großen Stücken gediegenen Goldes vorbeigehen, die gar nicht weit davon entfernt im Schooße der Erde verborgen liegen.

Der Zustand unseres gegenwärtigen Civilrechts bietet uns bekanntlich, wie dies auch schon oben hervorgehoben wurde, einen Dualismus dar. Deutsches und fremdes, insbesondere Römisches, Recht haben in zwei an und für sich gleichberechtigten, wenn auch nicht gleich großen Hälften die Verhältnisse unseres heutigen Privatlebens normirt. Es hat sich demgemäß in der Literatur und in der Art und Weise des Lehrens eine Scheidung gebildet, welche für das selbständige Verständniß der Quellen des einen und des anderen Rechtsgebietes durchaus heilsam gewesen ist. Lediglich durch abgesonderte Betrachtung läßt sich Geist und Wesen der beiden Rechtstheile in ihren individuellen Gestaltungen erkennen, und es war ein wesentlicher Fortschritt im Verhältniß zu den früheren Zeiten des Usus modernus Pandectarum, daß die Wissenschaft jene Trennung bei ihrer Bearbeitung vollständig durchgeführt hat. Sagt man ja

doch, daß es gut sei, wenn Brautleute, nachdem sie sich für 28
ihr ganzes Leben einander zugesagt haben, noch wieder an verschiedene Orte auseinander gerückt werden, damit, gerade im Hinblick auf ihr jetziges Verbundensein, Jedes zunächst seiner ganzen Individualität sich recht bewußt werden könne.

Aber auf den Zustand des Getrenntseins soll doch immer bei den Brautleuten die wahre Vereinigung, die Ehe, noch folgen, und ebenso müssen wir uns sehr hüten, in der Trennung des Römischen und Germanischen Rechtstheiles, statt eines nothwendigen und heilsamen Entwicklungsmomentes, bereits die endliche Vollendung zu erblicken. Die Reception des Römischen Rechts und sein Hinzutreten zu dem bis dahin in Deutschland allein geltenden Deutschen Rechte können wir wohl nicht unpassend, wie eben geschehen, der Verlobung vergleichen; es war die Zusage, daß, vielleicht für die ganze Dauer des Deutschen Volkes, Beide ihr Leben mit einander theilen wollten; das Römische Recht vorherrschend (aber freilich keineswegs ausnahmslos) als Complex der dem Deutschen Rechtsleben jetzt nothwendigen naturalen Rechtselemente des jus gentium, das Deutsche Recht überwiegend (aber wiederum nicht ausnahmslos) als das für besondere speciell nationale Lebensverhältnisse auch fernerhin unentbehrliche jus civile. Es war natürlich, daß, obgleich diese Verlobung im Allgemeinen durchaus erfreulich und segensreich wirkte, die beiden Individualitäten, die bisher Jedes für sich zu leben gewohnt gewesen waren, doch sich nicht selten schroff an einander reiben mußten, daß der richtige Weg, wie Beide sich in den verschiedensten Lagen neben einander verhalten sollten, noch nicht gefunden war. Dabei mußte es denn kommen, daß der überwiegende Theil, als welcher hier meist das Römische Recht auftritt, willkührlich vorgriff, und ein bescheidenes aber doch verstimmtes Zurücktreten des schwächeren Theiles die Folge war. In solcher Weise verhielt es sich in der Zeit

28 des Usus modernus Pandectarum. Das Deutsche Recht wohnte gleichsam, aber doch nur rein äußerlich, mit in dem Hause des Römischen.

Es war nothwendig, daß dieser Zustand abgeändert werde, damit das Deutsche Recht nicht in der Entfaltung seiner Individualität vollständig gehemmt und unterdrückt werde. Das Deutsche Recht mußte das Haus des Römischen verlassen, damit auch das Römische in der Ruhe des Fürsichseins zu der Ueberlegung gelangen konnte, daß es vielfältig unberechtigt in Verhältnisse sich eingemischt habe, die nicht die seinigen waren. So ist denn gerade durch das Getrenntsein, bei der gegenseitigen Ueberzeugung daß Beide einander unentbehrlich seien, das gute Verhältniß wieder hergestellt. Freilich nicht ohne daß in neuerer Zeit die Deutsche Braut in einem zum Uebermuth gesteigerten Selbstgefühl einmal vorübergehend des Römischen Verlobten ganz entrathen zu können meinte.

Soll und kann es nun aber, nachdem diese Störung von der anderen Seite rasch verklungen ist, bei dem fortwährend getrennten Leben Beider auch fernerhin verbleiben? Ich halte das weder für rathsam noch für möglich. Ein Verlöbniß, das nicht zu krankhaften Zuständen oder wiederum zur Auflösung führen soll, muß zur Ehe werden, und wenn man sich nur zunächst vergegenwärtigt hat, daß das bisherige Verhältniß von Römischem und Deutschem Recht wirklich erst dem Zustande des Verlöbnisses gleicht, so wird man sich dann auch leicht überzeugen, daß die volle Vereinigung, das Ein-Fleisch-Werden, noch erreicht werden muß. Man hat dies in der That in neueren Zeiten gefühlt, und damit angefangen in einem und demselben Compendium Deutsches und Römisches Recht zusammenzufassen. Aber zum Heirathen gehört mehr, als daß man kurz und gut die beiden Brautleute in eine Kutsche packt und abreisen läßt. Damit sie wirklich für ihr Leben Eins sein können, be-

darf es ganz anderer Vorbereitungen und Vorbedingungen, und 28
dieſe mit vollſter Sorgfalt in's Werk ſetzen, das iſt es, was,
meiner Meinung nach, jetzt vorzugsweiſe, damit die Ehe eine
geſegnete ſei, als Aufgabe der Wiſſenſchaft erſcheint.

§. 29. Die Vereinigung des Römiſchen und Deutſchen 29
Rechts zu einem auch wiſſenſchaftlich völlig zuſammengeſchmol-
zenen Ganzen muß uns ſtets als Ziel, auf welches wir hinſteu-
ern, vor Augen ſchweben. Wie die Lebensverhältniſſe untrenn-
bar in einander greifen, welche theils durch Römiſches theils
durch Deutſches Recht normirt ſind, wie alſo dadurch auch die
Rechtsinſtitute im practiſchen Leben als eine einzige Maſſe da-
ſtehen, ſo muß es ſich ebenfalls bei der wiſſenſchaftlichen Erfaſ-
ſung und Darſtellung der Rechtsinſtitute geſtalten. Es verſteht
ſich von ſelbſt, daß die hiſtoriſche Getrenntheit der Entſtehung
und Fortbildung der Römiſchen und der Germaniſchen Rechts-
quellen immer es zur Nothwendigkeit machen wird, daß für die
Erlernung der Rechtskenntniſſe eine gewiſſe Scheidung bei-
der Rechtstheile feſtgehalten werde. So wie die Wiſſenſchaft im
großen Ganzen den Gang hat durchmachen müſſen, daß ſie das,
was getrennt aufgewachſen iſt, auch getrennt ſtudirte, um die
Eigenthümlichkeit eines Jeden zu erkennen, ſo wird das auch
noch fernerhin der Gang ſein müſſen, den das Studium jedes
Einzelnen gleichſam zu durchleben hat. Aber es kann dabei
nicht bleiben. Die beiden Bäume, die getrennt aufgewachſen
ſind, haben ſich nun in ihren Kronen völlig durchdrungen, ſie
ſind unlöslich in einander gewachſen. Wir haben dieſe Krone
nun nicht immer bloß von unten aus zu betrachten, und zu ver-
folgen welche Blätter und Zweiglein dem einen und dem ande-
ren Stamme entſproſſen, wir haben mittelſt eines geiſtigen Luft-
ballons uns über die Baumkrone zu erheben und nun von oben
das ganze Laubdach in's Auge zu faſſen. Die größeren und
kleineren Gruppen, die ſich ſo von oben betrachtet in dem Laub-

dach bilden, haben wir ganz so zusammenzulassen, wie sie sich uns in der Wirklichkeit darstellen, und es kommt hiebei nicht weiter darauf an, welchem Stamme der einzelne Zweig und das einzelne Blatt angehört.

Diese Betrachtung des Rechts nicht von seiner Wurzel aus, sondern vom entgegengesetzten Standpunkte, so daß wir das ganze Laubdach des positiven Rechts von oben herab beschauen, diese ist das Ziel, welches wir erreichen müssen. Aber nach der Natur und dem practischen Zwecke des Rechts kann es hier nicht darauf ankommen, flüchtig einmal darüber hinzuschauen, die äußeren Conturen sich zu merken, um eben bloß einmal gesehen zu haben, wie ein Wald von oben aussieht. Die Wissenschaft des Rechts hat andere Zwecke als etwa der Maler, der nur durch richtige äußere Umrisse malerische Effecte erstrebt, und der den Gesammteindruck gerade vernichten würde, wenn er sich in zu große Detailzeichnung einlassen wollte. Die Wissenschaft des Rechts sorgt gleichsam dafür, daß von der Sonne, die oben auf den Wald scheint, jeder einzelne Zweig, der ihr seine Blätter entgegenstreckt, gleichmäßig Licht und Wärme erhalte. Die Rechtswissenschaft muß jeden Zweig des zusammen gewachsenen Laubdachs in's Auge fassen, sie muß sorgen, daß alle einander nahe stehenden Zweige und Blätter ihren gehörigen Raum haben, um kräftig fortwachsen zu können. Sie hat, wie der Gärtner, der den Obstgarten besorgt, darauf zu achten, daß, wo eine zu dichte Menge von Zweigen ist, das dadurch trocken gewordene Holz hinweggeräumt, auch wohl noch lebende Zweige abgeschnitten werden, um den übrigen Raum zu geben, sie hat andere Zweige zu begünstigen, die versprechen, entstandene Lücken wieder auszufüllen.

Kurz die Wissenschaft muß vom Detail ausgehen. Damit jedes einzelne Zweiglein eines Rechtsinstitutes lustig im Rechtsleben emporwachse, muß sie genau nicht bloß es selbst,

sondern auch seine Stellung zu den Zweigen anderer Rechtsinstitute (und zwar aus der Richtung der Wachsthum gebenden Sonne, also von oben betrachtet) kennen. Erst nachdem jedem einzelnen Zweig seine richtige Stellung durch Ausputzen, Zusammenbinden, Wegschneiden gegeben ist, kann sie sich dann weiter entfernen, die größeren Gruppen, welche die Zweige bilden, in's Auge fassen, und von verschiedenen Standpunkten aus, auch in malerisch gerechtfertigter Weise, abzeichnen.

In die gewöhnlichen Ausdrücke diese bildliche Bezeichnungsart übertragen, lautet es folgendermaßen: um das Ineinandergreifen des Römischen und Deutschen Rechts gehörig zu erfassen, kann die Wissenschaft nicht damit beginnen, Compendien zu machen, in denen man aus der Ferne Beides zusammenfaßt, sondern sie muß mit dem Einzelnen beginnen, und hier sehen, wie Römische und Deutsche Rechtssätze sich zu einander verhalten. Diese Einzelarbeit wird ihre Zeit erfordern. Ist sie vollendet, so beginnt dann in naturgemäßer Fortentwicklung für die Wissenschaft die weitere Aufgabe des Zusammenfassens. Alles Ueberstürzen, alles dem natürlich-stetigen Gange Vorauseilen hilft hier gar nichts, es zersplittert nur unnütz unsere Kräfte, und wird uns nie dessen überheben, daß wir zu der Arbeit, die uns einmal obliegt, ruhig werden zurückkehren müssen.

Es sei mir erlaubt, in Betreff dieser Behandlung des Römischen und Deutschen Rechts das eben gebrauchte Bild, in welches alle in Betracht kommenden Momente bisher nicht vollständig aufgenommen worden waren, noch etwas weiter zu verfolgen, und einige allgemeine Sätze, die von Wichtigkeit sind, daraus abzuleiten.

Man gebraucht heutzutage häufig den Ausdruck: das Recht sei ein Organismus, und denkt sich dabei die Totalität des Rechts unter dem Bilde einer Gestaltung, wie sie uns etwa der mensch-

liche Körper darbietet. Ich halte dies nicht für richtig. Die Lebensverhältnisse, auf die sich das Recht bezieht, sind immer wechselnd, es gehen alte unter, es entstehen neue, und die, welche neben einander bestehen, äußern freilich gegenseitig die wesentlichste Wechselwirkung, ohne daß sie aber alle von einem und demselben gemeinsamen Blute durchströmt würden, welches es bewirkte, daß sie als eine gewisse geschlossene Anzahl von Gliedern einen einzigen Lebenspuls hätten. Der menschliche Körper ist kein Wesen, an dem beliebig ein Stück absterben, ein anderes anwachsen kann, jedes einzelne Glied hat darin seine eigenen Säfte, er fordert eine gewisse abgemessene Quantität Blut, welches, durch eine geschlossene Zahl von Organen mit Einem Pulsschlag rollend, das Leben bewirkt.

Auch nicht einmal so ist der Satz richtig, daß das Recht in seiner Totalität ein Complex von Organismen wäre, und doch ist wiederum von der anderen Seite in der Vergleichung des Rechts mit organischen Dingen ein durchaus richtiger und werthvoller Gedanke enthalten. Nur verhält sich die Sache folgendermaßen.

Das Recht ist, wie ich schon oben ausführte, gleichartig mit der Weise, wie der Mensch die Erdoberfläche sich zugerichtet hat; es ist in der That (weßhalb es denn auch einen ganz territorialen Bestand annehmen kann) eine geistige vom Menschen gesetzte Erdoberfläche. Der Boden auf dem das Ganze ruht, ist dort der physische Erdboden, hier sind es die menschlichen Verhältnisse. Das was nun der Mensch hierauf im wahren Sinne des Worts baut, ist doppelter Art. Das Recht besteht zum Theil aus Mechanismen, zum Theil aus Organismen.

Die Mechanismen, den Gebäuden vergleichbar, sind die lediglich durch Menschenhand und Menschenwillen zusammengesetzten Rechtsinstitute. So aber wie sich in der Art und Weise

des menschlichen Bauens ein bestimmter Styl entwickelt, wie 29
sich in diesem Style (wie z. B. im s. g. gothischen) eine gewisse Analogie mit dem natürlichen Aufstreben und Entfalten des Baumes, also eines Organismus, bilden kann, so ist dies auch im Gebiete des Rechts. Es giebt Institute, die durchaus auf einer civilis ratio, aber in so edlem Style auferbaut sind, daß man eine naturalis ratio vor sich zu haben glaubt, ebenso wie der, welcher in einem gothischen Dome steht, in den Pfeilern das schlanke Aufstreben des Baumes vom Stamm bis zur Blätterkrone zu erkennen meint. Solcher Rechtsmechanismen haben wir nun sowohl von Deutschem als von Römischem Ursprung. Die letzteren gleichen dem Hause, das wir in Rom abgebrochen, und auf Deutschem Boden wieder aufgebaut haben.

Die Organismen dagegen sind der von der Natur uns dargebotenen Pflanze gleichartig, die der Mensch freilich auch auf dem Erdboden baut, aber in einer ganz anderen Weise. Bei ihnen ist nicht bloß ein den Baum ahnen-lassender Baustyl, hier ist wirkliches organisches Wachsen, ist selbständiges Leben. Die naturalis ratio bewirkt dies, und solcher Bäume und Pflanzen haben wir uns nun, weit mehr als der Römischen Häuser, in großer Zahl aus Italien in unsere heimischen Wohnsitze herübergeholt.

Das Nebeneinander dieser Mechanismen und Organismen ist nun aber in sich selbst kein Organismus, und also darf auch das System des Rechts nicht als die Beschreibung eines Organismus aufgefaßt werden[1]). Es bedarf dies um so mehr der Hervorhebung, als hier leicht eine Verwechslung möglich wird. Das System ist die Aufstellung der Fächer, in welche die Rechtsinstitute einrangirt werden müssen. Das System ist,

1) Nur zwischen den Theilen des Rechts, die in sich selbst Organismen sind, besteht auch noch wieder ein organischer (d. h. außerhalb des menschlichen Willens liegender, objectiv lebendiger) Zusammenhang.

wenn wir die Rechtsinstitute Gebäude und Bäume nennen, die Erkenntniß des Bodens, auf dem dieselben gebaut sind, es ist die juristische Topographie, bei welcher natürlich eine volle Sicherheit über den ganzen Umfang des Bodens bestehen muß, auf dem bei uns Rechtsinstitute stehen, oder wenigstens einmal gestanden haben, oder endlich vielleicht einmal stehen werden. Diese Topographie ist natürlich eine und dieselbe, auch wenn man dann hinterdrein aus besonderen Gründen die auf unserem Boden stehenden Römischen Gebäude und Gewächse von den Deutschen bei der genaueren Beschreibung derselben zu trennen beabsichtigt. Oder mit anderen Worten: ein genügendes System muß für Römisches und Deutsches Recht durchaus dasselbe sein, wenn auch vielleicht bei dem Einen die Bodenkunde gewisser Districte außer Acht gelassen werden kann, weil darauf überhaupt nur Rechtsinstitute der anderen Art stehen.

Abgesehen nun aber von solchen abgesonderten Gebieten haben wir stets im Auge zu behalten, daß auf unserem heimischen Boden Römische und Deutsche Gebäude und Gewächse ganz untermischt stehen. Die practische Geltung eines Institutes ist der Raum, den es erfüllt, und einem jeden muß, wofern es nicht ersticken und verderben soll, von den neben ihm stehenden der gehörige Platz gelassen werden, mit Licht und Luft von oben. Der practische Raum aber, den nun in der That das Institut gegenwärtig einnimmt, ist nur eben aus seiner Stellung zu den neben ihm stehenden zu ermitteln, und so ergiebt es sich als eine nothwendige Anforderung an die Wissenschaft, daß sie so, wie in Wirklichkeit die Stellung der Institute ist, dies auch in ihrer Behandlung hervortreten lasse. Die Thätigkeit der Wissenschaft ist nicht ein bloßes Anschauen der Institute, sie umfaßt auch ein fleißiges Ausputzen und Reinigen der Gebäude und Gewächse von unnützem und verderblichem Beiwerk, ein Wegnehmen der alt, morsch und trocken geworde-

nen Stücke, ein Beschneiden des Baums, der etwa ein Gebäude 29
streift, einen anderen Baum erdrückt, oder für sich selbst schon zu viel Zweige getrieben hat; kurz die Wissenschaft hat zu verfahren, wie ein vernünftiger Mann mit seinem Besitzthum von Haus, Garten, Feld und Wald verfahren wird. Letzterer wird der natürlichen Reihe nach gehen, so wie die Dinge selbst es nöthig machen und aneinander liegen, und man würde es für thöricht halten, wenn der Eigenthümer in seinem Obstgarten die untermischt stehenden Bäume so beschneiden wollte, daß er pedantisch etwa erst alle Birnbäume und dann alle Aepfelbäume vornähme.

Ist aber nicht unsere Wissenschaft wirklich in dieser Lage? Sie putzt, reinigt und beschreibt zuerst alle Römischen Häuser und Bäume, die in dem ganzen Deutschen Rechtsleben umherstehen, und dann macht sie den Weg für die Deutschen Gebäude und Gewächse noch einmal durch.

§. 30. Doch genug der Bilder und Vergleichungen. Sie 30
sind uns wesentlich nützlich, um unsere Erkenntniß in den vorliegenden Dingen zu mehren, aber sie dürfen nicht über ein gewisses Maaß hinausgeführt werden. Denn jeder Vergleich, auf die Spitze getrieben, hinkt, weil kein körperliches oder geistiges Ding dem anderen ganz gleich ist.

Die Bearbeitung des Römischen und Deutschen Rechts muß, auf das Ziel der Verschmelzung ausgehend, von beiden Seiten, sowohl von der Romanistischen wie Germanistischen Seite aus, diesem Ziele der völligen Durchdringung entgegengeführt werden. Drei Punkte sind es, in die wir die auf dieses Ziel blickende Romanistische Thätigkeit, von der wir hier noch ferner zu reden haben, zerlegen können.

Zunächst ist es das rein Römische Rechtsgebiet, welches unausgesetzt unsere wissenschaftlichen Anstrengungen fordert.

Es handelt sich hier um Institute, die das neuere Rechts-

so leben ebenso festgehalten hat, wie sie schon das Alterthum kannte. Unsere Bearbeitung dieser Institute muß nach dem in dem vorigen Abschnitte Ausgeführten eine wesentlich andere werden, als sie heutzutage ist. Nicht eine bloße „Auslegung" und Reproduction der theoretischen Expositionen des Corpus juris, sondern nur eine selbständige Auferbauung des Rechtsinstitutes von innen heraus kann uns genügen. Wir haben zu diesem Zweck dies Rechtsinstitut in die positiven Elemente zu zerlegen, aus denen auch die Römischen Juristen es auferbaut haben. Lehren wie den Besitz, die Culpa, die Mora, die solidarischen Verhältnisse, die Negotiorum Gestio und so viele andere, haben wir von den positiven civilen oder naturalen Grund-Momenten, von den Fundamentalsätzen aus, — die den Römischen Juristen das Pfund waren, das sie wuchern ließen, und die auch für uns durch die Reception des Institutes, durch seine Existenz im heutigen Rechtsleben die Basis unserer Operation sind, — zusammenzusetzen. Die Interpretation muß wieder werden, was sie bei den Römern war, nicht mehr jener willkührliche engere Begriff der Neuzeit von der Erklärung des Corpus juris. Unsere Wissenschaft muß die ultramontane Färbung aufgeben, die eine Argumentation Ulpians und Papinians als ein „Gesetz" behandelt, die den wissenschaftlichen Kalk und Mörtel gleichstellt den Steinen, woraus das Institut gebaut ist; die aus der Reihe von Momenten, in Folge deren eine Stelle Ulpians heutzutage in vielen Ländern formelle Geltung hat, den einen Punkt der Justinianeischen Reception dieser Stelle in's Corpus Juris ganz willkührlich hervorhebt und zu einer oft ganz verkehrten Erklärung der Stelle mißbraucht.

An der Scheidung der Fundamentalsätze eines Institutes von dem ganzen Complex der im Corpus Juris enthaltenen Folgesätze darf uns auch die formelle Geltung desselben in den Ländern des gemeinen Rechts nicht hindern. Unsere wissenschaft-

liche Operation steht über den Gränzen dieses allmälig immer mehr in die Vergangenheit zurücksinkenden Rechtszustandes. Die Fundamentalsätze können auch im Preußischen Landrecht, im Oestreichischen Gesetzbuch dieselben sein, wie im Römischen Recht (sie sind es bei den Romanistischen Instituten sogar meistens), und alsdann ist auch die Geltung der Folgesätze eine diesen Ländern angehörige. Wir müssen uns also immer vergegenwärtigen, daß, auch wo wir eine Lehre haben, von der wir überzeugt sind, daß wir sie nimmermehr über die Leistungen des Römischen Rechts hinaus weiterfördern werden, doch für unsere heutige dogmatische Darstellung nicht lediglich eine Römische Rechtslehre, sondern ein frei und selbständig zu analysirendes Institut unseres Deutschen Rechtslebens vor uns steht.

Das hiemit geforderte Auferbauen eines jeden Institutes aus seinen Fundamentalsätzen, und die Zurückstellung der Römischen Folgesätze ist nun aber nicht so aufzufassen, als wenn wir die letzteren gleichsam erst vergessen, sie dann noch einmal machen, und hinterdrein nachsehen sollten, ob wir es auch recht gemacht hätten. Es kommt hier nicht darauf an, ein Schulexercitium zu machen und zu zeigen, daß man das, was man bisher vorgelesen und abgeschrieben hat, jetzt auch in freiem Vortrage zu exponiren verstehe. Im Gegentheil handelt es sich darum, daß unsere Benutzung der theoretischen Expositionen der Römischen Juristen eine nur noch lebensvollere werde, als sie bisher gewesen ist. Denken wir uns einmal, es würde in einem Deutschen Lande, — wie es ja jüngst, freilich nicht sehr practisch, in der That vorgeschlagen worden, — ein neueres Lehr- oder Handbuch des Römischen Rechts unter subsidiärem Fortbestehen des letzteren zum Gesetzbuch erhoben, müßte unsere Wissenschaft damit aufhören, von den Fundamentalsätzen jedes einzelnen Institutes aus sich über die Folgerungen des Verfassers dieses Buches zu stellen, wenn gleich in dem einzelnen Lande

so auch eine verkehrte Folgerung Gesetzeskraft hat? Ganz ebenso stehen die im Corpus juris enthaltenen Folgesätze, und also namentlich die Expositionen der Römischen Juristen, für die Länder des gemeinen Rechts. Ehe wir nicht den Römischen Juristen, ohne Rücksicht auf ihren hier nur als Nebensache erscheinenden formellen Vorzug, behandeln als der Unsrigen Einen, und wohlverstanden ehe wir uns nicht mit ihm auf denselben freien Standpunkt bei Behandlung der Rechtsinstitute stellen und so uns ihm gegenüber gleichberechtigt fühlen, eher haben wir den richtigen Boden unserer Thätigkeit noch nicht eingenommen. Ueberlassen wir es dann im Uebrigen dem Schicksal, ob wir auf diesem Boden gleiche Anlagen entfalten und gleich hohe Resultate erlangen, wie die Römischen Juristen. Unseres Amtes ist nur, daß wir unsere Kräfte gehörig so zur Entfaltung bringen, daß es sich überhaupt mit den Römischen Juristen paralleliſiren läßt. So lange wir bloße Interpreten und Ausleger des Römischen Rechts sind, ist diese Parallele noch gar nicht möglich.

Es herrscht heutzutage eine gewisse formale Scheu, dem „Gesetze" irgend eines Römischen Juristen mit selbständigen Gründen entgegen zu treten, welche durchaus verbannt werden muß. Weil das Römische Recht formell bindende Kraft hat, so wagt man häufig eine Unrichtigkeit der Argumentation bei einem juristischen Classiker gar nicht anzunehmen, und läßt deßhalb sich auf eine selbständige Prüfung der Richtigkeit der Argumentation gar nicht ein, indem eine Art von Präsumtion der materiellen Wahrheit, neben jener formellen Autorität, noch aus dem allgemeinen Gefühl der Vortrefflichkeit der Römischen Juristen abgeleitet wird. Welche Mühe hat man sich z. B. gegeben, um der Annahme zu entgehen, daß in Fr. 18 pr. de reb. cred. oder im §. 9. J. de testam. ordin. ein unrichtiger Folgesatz enthalten sei, und mit welchen gar nicht vorhandenen Schwierigkeiten hat man gekämpft, um der formellen Autorität dieser Stellen auszuweichen!

Es herrscht andererseits heutzutage ganz überwiegend der Glaube, daß in den Gebieten, worin die Römischen Juristen gearbeitet haben, eine wissenschaftliche Fortführung des Rechts nicht möglich sei, also nur etwa da, wo neue Lebensverhältnisse sich bei uns gestaltet hätten, ein selbständiges Feld unserer Thätigkeit sich zugestehen lasse. — Ich bin mir bewußt, in Bezug auf Pietät gegen die Leistungen der Römischen Juristen Niemandem nachzustehen, aber ich meine, daß jener Glaube eine ganz kranke schadenbringende Frucht einer Pietät ist, die eine falsche Richtung genommen hat. Am Besten ehrt man seine Vorgänger dadurch, daß man sie übertrifft oder wenigstens zu übertreffen sucht, nicht dadurch, daß man von ihrem erhöhten Standpunkte herabsteigend unter ihnen ein Weihrauchopfer anzündet, dessen Dunst und Rauch sie uns am Ende ganz zu verhüllen droht. Mir scheint, daß allerdings in dem Umfange, den ich vorher rein Römisches Rechtsgebiet nannte, noch große Gebiete ganz oder fast ganz unbebaut geblieben sind, d. h. daß (auch abgesehen von der schon im §. 23. erwähnten im Ganzen nicht so gar häufig nöthigen Correction des Römischen Rechts) unsere lediglich suppletorisch-wissenschaftliche Thätigkeit mit den Elementen, die schon bei den Römern vorhanden waren, noch ganz andere Resultate erlangen kann und erlangen muß. Zum Theil, und zwar in sehr vielen Fällen, ist es noch genau zu erkennen, wie über dem lebendigen Ausbau einer Lehre die Römische Jurisprudenz geradezu ausgestorben ist, wie das Schwinden der arbeitenden Kräfte bei einer solchen Lage der einzelnen Rechtslehre statt fand, daß dieselbe uns die Gestalt eines angefangenen nicht ausgebauten Palastes darbietet. Zum Theil haben wir von der anderen Seite, obgleich nicht häufig, Lehren vor uns, deren dogmatische Ausbildung wahrscheinlich bei den Römern schon weiter reichte, als sie in den uns überlieferten Quellen uns entgegentritt. Lehren also, die, ohne daß dies

so irgend den Römern zuzurechnen wäre, sich uns in der Gestalt einer Ruine darbieten. Wir finden endlich zum Theil, und zwar wiederum gar nicht selten, Lehren, die uns den Eindruck eines noch wüst liegenden Bauplatzes machen, indem die Römische Wissenschaft, mit anderen Sachen beschäftigt, dieselben geradezu außer Acht gelassen hat.

Ich unterlasse es absichtlich für diese drei verschiedenen Arten von Lehren, von deren ersten beiden man heutzutage verhältnißmäßig noch die richtigeren Vorstellungen hat, hier einzelne Beispiele anzuführen. Solche Beispiele haben nur Werth, wenn sie im Einzelnen bewiesen sind, und für solche Nachweise im Einzelnen sind gerade diese civilistischen Studien in ihrem weiteren Verlaufe bestimmt. Ich muß nur noch hervorheben, daß es sich hier um ganz etwas Anderes handelt, als was ich vorher von dem gegen die Argumentation eines einzelnen Römischen Juristen etwa auszusprechenden Tadel sagte. Es handelt sich hier um das, was die Römische Jurisprudenz als Ganzes geschaffen und nicht geschaffen hat. Bei diesem Letzteren, was sie nicht geschaffen hat, kann gar nicht von einem Tadel die Rede sein. Die Römische Jurisprudenz als Ganzes hat so Viel geleistet, wie die noch keines anderen Volkes, wir haben, da sie in dieser Hinsicht so unerreicht in der Geschichte dasteht, nur immer besonders nöthig, uns die eigenthümlich begünstigenden Gründe klar zu machen, welche diesen großen Entwicklungsproceß hervorgerufen haben. Hier einen Tadel auszusprechen, daß die Römische Rechtswissenschaft nicht dies und das was sie an und für sich hätte leisten können, auch noch geleistet habe, wäre das Verkehrteste, Undankbarste von der Welt. Wer wird den Baum, der unter allen ihn umgebenden der höchste ist, tadeln, daß er nicht noch höher gewachsen sei? Es ist dafür gesorgt, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen, und es ist nicht die Schuld der Bäume, daß dem so ist.

§. 31. Neben diesen Gebieten, in denen gearbeitet wer- 31
den muß, was entweder die Römische Jurisprudenz zu thun unterlassen hat, oder was uns aus derselben verloren gegangen ist, — geht nun aber eine andere höchst fruchtbare Richtung unserer dogmatischen Thätigkeit her, welche noch immer in dem Umkreise des rein Römischen Rechtsgebietes liegt, und doch eine ganz eigene wissenschaftliche Thätigkeit, keineswegs bloße Reproduction des von den Römern Geleisteten ist. — Der eigenthümliche Charakter der Römischen Jurisprudenz liegt vorzugsweise darin, daß die klaren Begriffe, die sie in der That von den Rechtsinstituten haben, gleichsam noch in ihrer Einzelanschauung ganz vergraben und verdeckt liegen. Ihre juristische Subsumtion und Argumentation knüpft unmittelbar an das Leben an, sie ist vorherrschend ein Thun, nicht aber eine Reflexion über ihr Thun. Sie stehen vor dem Rechtsinstitute wie ein mit klarem Blick begabter aber ungeschulter Laie vor einer Statue. Sie sehen alle Eigenthümlichkeiten des Rechtsinstitutes ganz genau, aber es geschieht gleichsam unbewußt, wie so viele Organe unseres Körpers ganz ohne unser Zuthun ihre Functionen verrichten. Die Römer erkennen genau alle Eigenthümlichkeiten des Rechtsinstitutes, und sie beweisen das vollständig und glänzend in ihrer Casuistik; stets, wo es irgend nöthig, ist ihnen auch jede Nüance der Rechtsregeln gegen wärtig.

Unsere Wissenschaft ist von einem ganz anderen Charakter durchzogen. Es herrscht bei uns das formale Denken, das doctrinäre Zusammenfassen vor, wir sind geschult, und halten die Schule, durch die wir hindurchgegangen sind, auch für unsere ganze Lebzeit fest. Die Römer zeichnen wie der, welcher nicht zeichnen gelernt hat. Ein solcher zeichnet nämlich, wenn er nur scharf sehen kann, die Dinge immer wie sie sind, nicht aber wie er sie sieht. Er hat noch keine Perspective. Wir dagegen

zeichnen immer schulgerecht nach der Perspective, aber wir wissen dabei oft gar nicht, wie das einzelne Ding ganz in der Nähe und nach allen Seiten hin aussieht.

Ebenso wie die Erkenntniß der Perspective eine nothwendige Entwicklung war, so auch die Ausbildung des schulgerechten Charakters unserer Wissenschaft. Wir können und dürfen uns nicht beklagen daß dem so ist, und können und dürfen doch, da wir bei unserer gelehrten Stubenarbeit vielfach sehr schwache Augen bekommen haben, mit Sehnsucht des scharfen Blicks, der den Römern eigen war, gedenken. Natürlich müssen wir, wenn wir selbst schwache Augen haben, uns gerade den scharfen Blick der Römer zu Nutze machen, aber von der anderen Seite haben wir nun selbstthätig unsere eigenen Kenntnisse von der Perspective zu Rathe zu ziehen, um die Dinge zu einem Bilde zusammenzufassen.

In dieser Hinsicht wird heutzutage, wegen des vorherrschend reproductiven Charakters unserer Romanistischen Thätigkeit, meiner Ansicht nach sehr viel gefehlt. Man unterläßt es da, wo ein wirkliches Fortarbeiten in der Weise des §. 30 nicht am Platze ist, gerade das Selbständige, was hier noch neben den Resultaten der Römischen Wissenschaft geleistet werden muß, und worauf wir nach dem ganzen Charakter unserer Wissenschaften so leicht geführt werden, zu Stande zu bringen. Wie gläubig wiederholt man heutzutage den Satz: omnis definitio in jure periculosa est, und glaubt sich damit befreit von der Erledigung mancher Fragen, während doch das in diesem Satz liegende Geständniß, das auf die Römer gar keinen Tadel werfen kann, für uns als das Bekennen einer wissenschaftlichen Sünde dasteht! Wie verkehrt klammert man sich ferner heutzutage noch oft an das Römische Institutionensystem, an die Reihenfolge der Obligationen aus Contracten, Delicten und variae causarum figurae, u. s. w., während man doch (abgesehen von

dem vollständigen Erkennen der Römischen Anschauungsweise) 31
ein Nachahmen derselben geradezu unter seiner Würde finden sollte! Wie sehr endlich, was die Hauptsache ist, schmeckt unsere ganze dogmatische Darstellung der einzelnen Lehren nach dem unrichtigen Standpunkt. Worauf wird, bei unseren Interpretationen der Römischen Juristen, eine unendliche Mühe verwandt? Auf Stellen, in denen gerade auch schon die Römer anfangen, aber oft unbehülflich anfangen, eine schulgerechte Zusammenfassung des im Einzelnen so meisterhaft durchschauten und verarbeiteten Rechtsinstitutes zu geben! Dagegen die Partieen, worin sie eben diese meisterhafte Verarbeitung des Institutes selbst niederlegen, liegen in vielen Lehren so gut wie unbenutzt da. Wir mühen uns ab mit Stellen wie Fr. 153 de reg. jur., während wir die klaren Römischen Begriffe aus der Zusammenfassung ihrer casuistischen Fragmente mit voller Sicherheit und Leichtigkeit entnehmen könnten, und danach dann auch das Verständniß jener noch unsicher einhergehenden doctrinellen Reflexionen sich von selbst ergeben würde.

Diese eben geschilderte Art der uns obliegenden selbständigen Thätigkeit liegt der heutzutage vorherrschenden rein reproducirenden Beschäftigung am Nächsten, und es soll nicht verkannt werden, wie in dieser Hinsicht die neuere Wissenschaft schon in manchen Punkten, namentlich in Betreff der systematischen Bearbeitung, wirklich vorwärts geschritten ist. In Betreff des zuletzt erwähnten Punktes, des Zusammenbauens einer Lehre aus dem casuistischen Material der Römer, kann man dies weniger sagen. Die Lehre welche ich in dem folgenden Hefte vorzulegen beabsichtige, wird auch in dieser Hinsicht ein Beispiel abgeben können.

§. 32. Neben das rein Römische Rechtsgebiet, 32
welches in den vorigen beiden §§. genauer umgrenzt worden ist,

32 und immerfort (ganz abgesehen von der historischen Bearbeitung des Römischen Rechts) ein Hauptfeld für die Romanistische Thätigkeit bilden wird, stellen sich von selbst noch zwei andere Kreise unseres dogmatischen Schaffens. Es mögen dieselben hier nur mit wenigen Worten angedeutet werden.

Die Römischen Rechtsinstitute haben sich bei den neueren Völkern und namentlich bei ihrer Aufnahme in Deutschland vielfach historisch fortgebildet und neue Elemente in sich aufgenommen. Diese, welche als wahre selbständige Ergebnisse der neueren Rechtsgeschichte dastehen, und nicht, wie so vielfach geschieht, mit der sogenannten Dogmen- oder Literär-Geschichte des Römischen Rechtsinstitutes verwechselt werden dürfen, bilden den neuen Stoff, dessen dogmatische Verarbeitung mit dem Ganzen des Römischen Rechts uns obliegt. Diese Anforderung scheint eine so nahe liegende und sich von selbst verstehende, daß es im höchsten Grade verwundern muß, wenn es sich herausstellt, daß wir heutzutage mit einer solchen Verarbeitung noch so sehr im Rückstande sind. Ich kann mich indessen begnügen, darauf hier nur im Allgemeinen hinzudeuten, indem ich diesen Punkt bereits anderwärts genauer besprochen habe [1]). Im weiteren Verlaufe dieser civilistischen Studien denke ich mehre hieher gehörige Fragen einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen.

Das dritte Feld unseres Wirkens ist endlich folgendes. Wenn im Deutschen Rechtsleben ganz untermischt Römische und Deutsche Rechtsinstitute neben einander stehen, und in der mannigfachsten Weise in einander eingreifen, so ist es nöthig, dies Verhältniß der Institute genau zu ermitteln. Es handelt sich dabei nicht bloß darum, angeben zu können, wo die Gränze des einen Institutes anfängt und des anderen aufhört, sondern es kommt ferner in Betracht, daß ein Satz des einen mit einem

1) Meine bon. poss. II. 2. S. 361. 368.

Satz des anderen häufig Verbindungen eingeht, woraus wieder 32
neue Rechtssätze als Folgesätze entstehen. Auf diesem Gebiete der Römisch-Deutschen Rechtscombination ist ein grosser Theil noch ganz unbearbeitet, weil die heutige Scheidung des Romanistischen und Germanistischen Studiums leicht bei einem Einzelnen die wissenschaftlichen Voraussetzungen fehlen läßt, welche zu der Untersuchung solcher Fragen erforderlich sind. Es ist dies ein ganz eigen schwieriges Feld, zu dessen Urbarmachung die Germanistische und Romanistische Seite sich mit besonderem gegenseitigen Verständniß entgegenkommen müssen, um auf dem gleichsam gemeinschaftlichen Boden wissenschaftliche Resultate zu erlangen. Ich bemerke hier nur noch, daß ich dies Gebiet von dem Kreise dieser civilistischen Studien ganz ausscheide, indem es ein eigenes Unternehmen mit sorgfältig darauf concentrirten Vorbereitungen erfordert. Ich erwähne dasselbe nur, um die Gränzen, innerhalb deren ich mich in den vorliegenden Abhandlungen zu bewegen beabsichtige, genau zu bezeichnen, und auf etwas hinzuweisen, das hier allerdings außerhalb meines Gesichtskreises liegt, dessen Existenz aber doch nie, wie es von Manchen in der That zu geschehen scheint, vergessen werden darf. Vielleicht ist es mir noch einmal vergönnt, die Arbeit, die ich längere Zeit diesem Gebiete zugewandt habe, trotz einstweilen dazwischen getretener äußerer Hindernisse der Vollendung entgegenzuführen.

V.

Die Entwicklung des Rechts in der Weltgeschichte.

33 §. 33. Ich vermag die in dem Bisherigen angestellten Untersuchungen nicht zu verlassen, ohne zum Schluß einige allgemeine Betrachtungen über das Wesen des Rechts, die in genauer Verbindung damit stehen, daran anzuknüpfen.

Fassen wir zunächst die bisherigen Ergebnisse kurz zusammen. Die Entstehung des Rechts hat eine äußere oder formelle, und eine innere oder materielle Seite, von denen die letztere von der neueren Theorie über die Gebühr vernachlässigt worden ist. Das Recht ist äußere Satzung des Staats oder Volks, aber der Gesammtwille steht einem bestimmten außer ihm gegebenen Stoffe gegenüber, den er zu einem großen Theile annimmt, neben den er dann noch einen zweiten großen Bestandtheil des Rechts durch eigene Schöpfung setzt. Jener Stoff, der so außerhalb des eigentlichen Rechts liegt, und doch eine ganz unentbehrliche Basis desselben ist, wird nicht etwa bloß gebildet aus den factischen Voraussetzungen der Rechtsverhältnisse, Subject, Object und Thatsache, — sondern er ist ein großer Complex von wirklich bestehenden Regeln, die selbständig als Natursätze schon vorhanden sind. Diese Regeln sind das nothwendige Product der gesammten körperlich-geistigen Stellung der Menschheit im Gebiete der ganzen Schöpfung, und sie bilden das nothwendige Supplement zu einem wissenschaftli-

lichen Verständniß des Rechts. Am gleichartigsten mit diesen Naturregeln sind die menschlichen Sitten und die menschliche Sprache. Dem Rechte, mit dem man diese beiden so oft verglichen hat, sind dabei wirklich parallel nur die äußeren Satzungen, die sich in einer bestimmten menschlichen Gesammtheit allerdings auch in Betreff ihrer, wenn gleich in viel beschränkterem Maaße als bei dem Rechte, entwickeln können.

Die Rechtssatzungen nun, welche auf Naturregeln sich stützen, nehmen in sehr erklärlicher Weise in Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse, in denen die setzende Staatsgewalt oder Volksgesammtheit sich befindet, eine ganz andere Stellung ein, als dies bei dem civilen Rechtselemente der Fall ist. Jeder Staat, jedes Volk entnimmt aus der eigenthümlichen örtlichen Lage, in der sein Leben sich vollzieht, aus der physischen Gemeinsamkeit des Blutes, die seine einzelnen Glieder verbindet, aus einer gewissen geistigen Gesammtrichtung und Befähigung, aus den Erbtheilen seiner Sprache, seiner Sitten, seiner religiösen Anschauungen, — aus allem diesen den Gesammtcomplex seiner nationalen Eigenthümlichkeit, welche nothwendig nun auch auf das Recht zurückwirken muß. Aber dabei scheidet sich nun eben das civile und das naturale Rechtselement. Das letztere ist mit der Naturkraft begabt, daß es auf Anerkennung im Gebiete des Rechts hindrängt. Je stärker die drängende Kraft ist, um so reiner und von nationellen Eigenthümlichkeiten ungetrübter wird der Naturſatz hervortreten. Da dies Drängen nach Entfaltung des Naturſatzes gleichmäßig bei verschiedenen Völkern, bei denen überhaupt die gleiche Culturstufe und gleiche in Betracht kommende Lebensverhältnisse vorhanden sind, sich geltend machen wird, so ist die nothwendige Folge davon ein gemeinsam durch die Völker sich hindurchziehendes von nationaler Eigenthümlichkeit entkleidetes Recht. Im Gegensatz hievon muß das rein auf den Willen der Recht-setzenden Gewalt sich reducirende Recht nothwendiger

33 Weise vorherrschend ein Ausfluß der nationalen Eigenthümlichkeit des Volkes werden, und kann, einmal gesetzt, auch umgekehrt ein neues Hebungsmittel und eine neue Quelle nationaler Absonderung werden.

So also findet sich in dem Rechte eines jeden Volkes einerseits ein nationaler und andererseits ein antinationaler Bestandtheil, und es tritt dieser Gegensatz nicht bloß als zusammengruppirte todte Masse, sondern als selbständig lebendige und gestaltende Kraft auf. Das Recht eines Volks ist stets zwei Strömungen unterworfen, einer centripetalen und centrifugalen, deren eine auf Absonderung und Particularisirung, deren andere auf Gleichmachung des Rechts mit dem bei den ungefähr gleichstehenden Nachbaren geltenden gerichtet ist. In Folge der letzteren tritt denn auch das eigenthümliche Wandern der Rechte, das „sacht von Ort zu Ort Rücken" ein.

Je mehr dieser Gegensatz des jus civile und jus gentium hervorgerufen wird durch den inneren Charakter der Rechtssätze, welchen wir mit den Worten des civilen und naturalen Rechtselementes bezeichnet haben, um so schärfer muß man es sich klar machen, daß beide Gegensätze begrifflich an und für sich ganz auseinanderfallen. Es kann ein Rechtssatz ein naturaler und doch durchaus nationaler sein, d. h. obgleich ganz aus der naturalis ratio hervorgegangen kommt er doch, wie manche auf ein einzelnes Thal beschränkte Pflanze, nur bei einem einzigen Volke vor. Leicht freilich kann es dann doch kommen, daß, wenn sich bei anderen Völkern die Kenntniß und Billigung desselben verbreitet, nun seine Wanderung beginnt, und er dann, nachdem er lange das nationale Eigenthum eines Landes gewesen, zu jus gentium wird; wie auch eine Pflanzenart, die geraume Zeit nur auf beschränktem Gebiete wuchs, dann plötzlich durch die verschiedensten denkbaren Umstände zur Verbreitung über den ganzen Erdboden gelangen kann.

Von der anderen Seite ist es möglich, daß ein der natu- 33
ralis ratio entweder ganz fremder oder vielleicht sogar widersprechender Rechtssatz eine allgemeine Verbreitung gewinnt, deren Grund dann irgend ein äußerlicher: — eine gewisse Zweckmäßigkeit; die Zufälligkeit des allgemeinen Bekanntwerdens; das Schwerdt des Eroberers; nationale Trägheit, welche die Annahme des von Anderen Gemachten dem eigenen Arbeiten vorzieht; ja sogar weitverbreitete Unsitte oder Rohheit — sein wird. Solches jus civile (in diesem besonderen Sinn), welches zugleich jus gentium ist, läßt doch in seiner wissenschaftlichen Behandlung immer nur die dem civilen Rechtselemente angehörige Weise zu.

§. 34. Werfen wir nun mit Hülfe der eben erwähnten 34
Begriffe einen Blick auf die Entfaltung des Rechts in der Weltgeschichte.

Das Recht, zunächst ein Besitzthum eines einzelnen Volkes, kann das gemeinsame Band einer Reihe von Völkern werden, und in der That weist uns nun die Geschichte in einer sehr umfassenden Weise ein solches Band gemeinsamen Rechts nach, welches sich vorzugsweise in den Romanistischen Instituten concentrirt. Es ist ein in neuerer Zeit öfters wiederholter Satz, daß das Römische Recht, nachdem es im Alterthum durch die Macht des Schwerdtes zu allen Völkern der damals bekannten Welt getragen worden, im Mittelalter, nachdem das Römische Reich lange in Stücke gebrochen war, sich noch einmal durch die Kraft des Geistes die Welt erobert hat. Es ist ferner oft genug hervorgehoben worden, daß das Römische Recht, als es mit siegreichen Waffen den unterjochten Völkern des Römerreichs aufgedrückt wurde, schrittweise damit zugleich auch seinerseits einen innerlichen Umgestaltungsproceß durchmachen mußte, indem es von seinem starr nationalen Charakter immer mehr Elemente, die seiner Anwendung auf fremde Völker entgegenstanden, aus-

34 ſtieß, und dafür das jus gentium ſubſtituirte. Es iſt endlich heutzutage vollkommen anerkannt, daß gerade dieſe Entwicklung des freieren jus gentium der Hauptgrund geweſen iſt, welcher das Römiſche Recht jene geiſtige Eroberung unter den neueren Völkern hat machen laſſen, und daß ſie auch zugleich ganz vorherrſchend die Gränze bildet, innerhalb deren der Uebergang des Römiſchen Rechts in die neueren Zeiten ſtattgefunden hat.

Aber mit allen dieſen Sätzen wird die Sache doch nur ſehr äußerlich erfaßt, und es handelt ſich hier um die Nachweiſung einer noch ganz anderen Entwicklung in der Weltgeſchichte. Iſt es nur eine eigenthümliche Verkettung der Umſtände, und eine gewiſſe Brauchbarkeit, welche das Römiſche Recht, ſo wie früher im Alterthum, ſo nun auch wieder in der neueren Zeit zu anderen Völkern getragen hat, ſo können die Umſtände ſich verändern, und irgend etwas Anderes kann ſich als noch brauchbarer erweiſen, wovon dann die Folge ſein muß, daß die Romaniſtiſchen Inſtitute bei den einzelnen Völkern aufhören werden zu gelten, daß jedes derſelben ſeine eigenen Rechtsinſtitutionen, ſo wie es ihm paſſend ſcheint, ſich einrichten, und die gemeinſame Geltung des Romaniſtiſchen Rechtsſtoffes [1]), welche ſich durch den größten Theil der neueren civiliſirten Völker hindurchzieht, als eine überwundene Periode jedes einzelnen Volkes erſcheinen wird. Jedes einzelne Volk, welches von ſeinem eigenen Rechte ausgegangen iſt, würde danach auch wieder zu demſelben zurückkehren, und eine Gemeinſamkeit des Rechts unter ihnen ein Werk des Zufalls oder höchſtens einer ähnlichen treibenden Zweckmäßigkeit ſein.

Dem iſt nicht ſo; das Wichtigſte, aber auch tiefer Liegende wird bei ſolcher Auffaſſung der Sache, wie wir ihr allerdings oft genug begegnen, ganz überſehen. Die Herrſchaft des Römiſchen Rechts unter den neueren Völkern iſt nicht ſo aufzu-

1) Nicht bloß die formelle Geltung des Corpus juris.

fassen, wie wenn wir einen Eroberer eine Reihe verschiedener 34
bisher selbständiger Länder zu Einem Reiche vereinigen, und eine Zeitlang unter demselben Scepter zusammenhalten, dann aber das Ganze in seine einzelnen Theile wieder auseinander bröckeln sehen, wobei dann freilich wohl in jedem einzelnen Theile diese und jene Folgen des Verbundenseins noch fortbestehen bleiben, im Uebrigen aber doch die Zeit der Gemeinsamkeit nur als ein vorübergehendes und an und für sich das Einzelleben jedes der mehren Völker störendes Moment erscheinen würde. Wer so die Sache auffaßt, geht, mag er sich auch dessen nicht bewußt sein, von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß die Geschichte des Rechts in der Menschheit an und für sich nur die Verfolgung eben so vieler Einzelleben sei, als wir Völker vor uns haben; daß das Recht, auch in dieser Hinsicht der Sprache gleichartig, wahres Leben nur im Kreise des Volkes habe, in welchem es sich erzeugte, daß das Herübertragen eines Rechts über die Lebensdauer oder über die örtlichen Gränzen seines Volkes hinaus, einen ähnlich künstlichen und gezwungenen Zustand hervorrufe, wie das Fortziehen der todten lateinischen Sprache in unsere Verhältnisse, oder die usurpirte Uebermacht der französischen Sprache bei diplomatischen Verhandlungen.

Es handelt sich hier in Betreff des Rechts um Punkte, die bei der Sprache gar nicht vorhanden sind, und, mag man nun die (dem jus gentium allerdings ganz vergleichbare) Ausbreitung der todten lateinischen Sprache für etwas Gezwungenes oder für heilsam und werthvoll halten, — die Ausbreitung des Römischen Rechts unter den neueren Völkern enthält, als das eigentlich Bedeutende, etwas in sich, das mit der Sprache sich nicht parallelisiren läßt. Was dieses sei, wird sich aus einer genaueren Erwägung dessen, was das Wesen des civilen und naturalen Rechtselementes mit sich bringt, ergeben.

§. 35. Das Recht, als der Complex der geistigen mit 35

äußerem Schutz versehenen Schranken, welche in der Menschheit für das Verhalten der Menschen untereinander sich festsetzen, ist keineswegs ein unwandelbar in die Brust der Menschen geschriebenes Vernunft- oder Natur-Recht. Es ist auch andererseits kein lediglich nationales Besitzthum, das bei verschiedenen Völkern immer entweder ganz verschieden oder doch nur ohne innere Nothwendigkeit übereinstimmend sich gestaltete, das also auch in seiner geschichtlichen Dauer entweder mit dem Leben des Volkes dahinschwände, oder wenigstens ohne innere Nothwendigkeit und nur durch äußere Umstände, die sich auch anders hätten ereignen können, von einem Volke zu einem oder mehren anderen hinübergetragen würde. Keine dieser beiden entgegenstehenden Auffassungen trifft das Richtige, es muß vielmehr, um die Wahrheit zu erfassen, viel specieller sowohl der geistige Standpunkt der einzelnen Völker, als auch die innere Natur der Rechtsregeln selbst in's Auge gefaßt werden.

Das Recht besteht aus geistigen Satzungen, und die Entfaltung des Rechts in einem Volke ist stets eine geistige Arbeit, an der das ganze Volk, wenn auch in seinen verschiedenen Schichten in verschiedenem Maaße, und an der es nicht bloß als unorganisirtes Volk, sondern auch auf dem Wege seiner Organisirung zum Staate, Antheil nimmt. Das innere Wesen des Rechts geht nun darauf aus, ein eigenes und selbständiges Gebiet im Kreise der die Gesammtheit der Völker beschäftigenden und von ihr nicht zu umgehenden Geistesarbeit einzunehmen. Aber dieser Satz, der uns auf unserem Standpunkte als sich von selbst verstehend erscheint, ist keineswegs als ein in der Menschheit und allen einzelnen Völkern, in welche sie sich zerlegt, von jeher bestehender vorauszusetzen. Es ist mit den Völkern in Betreff einer ihnen obliegenden geistigen Arbeit, wie mit den Individuen. Dem Einzelnen kann die natürliche Pflicht nicht abgenommen werden, seine eigenen Angelegenheiten selbst zu

besorgen, wobei denn der Eine je nach seiner Eigenthümlichkeit vorzugsweise auf diese, der Andere auf jene Hauptangelegenheit sein besonderes Augenmerk richtet. Daneben werden dann andere Angelegenheiten mehr in den Schatten gestellt, und als Nebensachen behandelt, deßhalb aber auch nur nothdürftig besorgt. In Allem nun aber, was der Einzelne treibt, verleugnet sich nie seine größere oder geringere geistige Begabung. Während wir den Einen kaum damit fertig werden sehen, daß er den ganzen Kreis seiner eigenen Angelegenheiten in Ordnung halte, so sehen wir Andere weit darüber hinausgreifen, und neben dem Eigenen auch zum Wohle des Nebenmenschen unabläßig und segensreich wirken.

So nun auch mit den Völkern. Es giebt zunächst minder begabte Völker, die mit dem, was ihnen zu thun obliegt, sei es körperliche sei es geistige Arbeit, kaum fertig werden, und bei denen das, was sie thun, nur einen kümmerlichen Werth hat. Und wieder in anderer Hinsicht äußern die Völker, bei dem was sie treiben, eine ganze verschiedene Neigung in Betreff dessen was sie voranstellen. So giebt es deren, die in materieller Arbeit, in Ackerbau, in Handwerken, im Handel ihren Lebensberuf finden. Es giebt ihrer von geistigerer Natur, die in Geistesarbeit das vorherrschende Ziel ihres Strebens vor sich sehen. Schon das Alterthum weist uns solche Unterschiede. Der religiöse Volkssinn der Juden, der ethisch-ästhetische Sinn der Griechen mußte nothwendig der Boden werden, auf dem sich im Schooße dieser beiden Völker große geistige Resultate entfalteten. Das Recht erscheint ihnen dabei als eine Nebensache, auf die ihr Auge nicht selbständig gerichtet ist, und so kommt es, daß bei den Juden das Recht gleichsam im Schlepptau der Religion, bei den Griechen in dem der ethischen Begriffe geht. Erst die Römer, mit ihrer ganz besonderen auf das Recht gerichteten Begabung, haben diesem seinen selbständigen Boden

gelichtet und für alle Zeiten gesichert. Daß bei den Römern das Recht das Gebiet der Religion ganz verläßt, daß es auch die sittlichen Elemente allmälig absondert und ausstößt, daß also das Römische Recht ein nichtreligiöses und ein nichtsittliches Ganzes geworden ist, darum darf es nicht, wie neuerdings geschehen, getadelt, es darf darum nicht ein unreligiöses und ein unsittliches genannt werden, sondern es liegt darin umgekehrt ein Resultat vom höchsten geistigen Werthe, nicht bloß für die Römer, sondern für die ganze Menschheit. Es ist durch die Römer der Beweis geliefert, daß Religion, Sittlichkeit und Recht verschiedene Dinge sind, wenn sie gleich vielfach miteinander in Berührung kommen. Eben darin liegt auch der Beweis, daß ein und dasselbe Recht neben ganz verschiedenen Religionen, neben ganz anderen und höheren sittlichen Anschauungen als sie etwa früher bestanden, freilich nicht ganz unberührt aber doch seinem eigentlichen Schwerpunkte nach unafficirt hergehen kann.

Was ist nun aber überhaupt Civilisation? Die allmälige Aufhäufung und Conservirung geistiger Arbeit. Sie ist geistiges Vermögen, und so wie dasjenige, was der Einzelne erarbeitet, das ganze Volk, in dem er wirkt, geistig reicher macht und höher hebt, sobald nur das Volk die geistige Receptivität hat um sich die Arbeit des Einzelnen zu Nutze zu machen, so wird auch wieder durch die geistige Arbeit eines einzelnen Volks die ganze Menschheit reicher. Aber auch hier wieder unter der Voraussetzung, daß die übrigen Völker überhaupt geistige Receptivität für die Arbeit jenes Einen haben. Es wird immer eine große Zahl von Völkern geben, (nicht bloß die trägen und unbegabten, sondern auch manche, von innerer Befähigung, aber durch äußere Hindernisse zurückgehaltene), welche an dem großen Gesammtfortschritt der Civilisation in der Menschheit keinen Theil nehmen, und in der großen Völkerwerkstatt zur

Erarbeitung geistigen Vermögens sich keinen Platz zu erringen im Stande sind. Es wird immer in der großen Völkerfamilie ein kleinerer Kreis sein, der arbeitet und dessen Arbeit dann den Uebrigen zu Gute kommt. Auch in dem kleineren Kreise theilt sich noch wieder manche Arbeit, damit, je nach den verschiedenen Gaben der Mitarbeiter, der Einzelne es in dem einen Gebiete um so weiter bringe. Aber wer überhaupt zum Kreise dieser geistig voranschreitenden Völker gehört, der muß sorgfältig nach allen Seiten umherschauen, daß was irgend von geistigem Vermögen in das große Magazin der Menschheit bereits eingebracht worden ist, nicht durch Sorglosigkeit verloren gehe, daß es umgekehrt eifrigst vermehrt werde. Denn des geistigen Reichthums, wenn es nur wirkliches, nicht falsches Gold ist, kann man nie zu viel haben.

Das Recht ist ein Stück des ganzen vor uns liegenden Arbeitsstoffes. Neben Naturkunde, neben Kunst, neben sittlicher Verfeinerung, und wie sie alle heißen, die verschiedenen Richtungen unserer Arbeit, ist das Recht ein eigener selbständiger Theil. Daß es wirklich in sich selbständig sei, das nachzuweisen war natürlich die erste sich hier darbietende Arbeit, und nachdem die Römer dies festgestellt haben, ist das ein für allemal für sämmtliche Völker, die an der höheren Civilisation Antheil haben, eine, trotz aller vorübergehenden Verirrungen Einzelner, unabänderliche Sache. Der Kasten mit geistigem Golde, welchen uns die Römer im Rechtsgebiete hinterlassen haben, ist so schwer, daß Diebe und gutmüthige Schwärmer, die da meinen, geistig arm sein sei (auch in dieser Hinsicht) besser als Reichthum, ihn gar nicht mehr fortzuschleppen vermögen. Er erhält sich uns also schon durch sein eigenes Gewicht. Die Römer haben nicht bloß bewiesen, daß hier eine gute Gelegenheit sei Reichthum zu erwerben, sie haben auch gleich ein gutes Stück selbst erworben,

35 und eben damit erst den vollen unwiderleglichen Beweis geliefert, daß hier ein eigenes Feld des Erwerbes liege.

Es kommt nun aber ganz besonders darauf an, zu erkennen, daß wir dies geistige Vermögen, das die Römer uns hinterlassen, nicht bloß conserviren und nützen, daß wir es auch vermehren müssen, und zwar nicht etwa so, daß wir gleichsam ein ganz neues Geschäft in einem andern Hause neu anzulegen hätten, sondern so, daß hier in der That gar keine Unterbrechung, kein Abbrechen und anders wieder Anfangen statt finden darf; daß wir, wenn ich so sagen soll, das altbegründete und berühmte Geschäft, freilich unter ganz neuen Verhältnissen und in einer anderen Generation, aber mit der alten Firma und mit den alten Maximen fortzuführen haben, um neuen Reichthum zu erwerben, der doch immer aus demselben Golde besteht, das unser schon erlangtes Vermögen ausmacht.

Soll uns dies gelingen, so ist die Hauptsache, daß wir streng an den einmal bewährten Maximen der Römer festhalten.

36 §. 36. Die Maxime der Römer beruht auf der, nicht durch doctrinelle Ueberlegung, sondern durch einen richtig sich zurechtfindenden Tact gegebenen Erkenntniß des Satzes, der den meisten Neueren ganz verloren gegangen ist, daß nämlich der Menschheit im Gebiete des Rechts von vorn herein gar Vieles mitgegeben worden ist, über das sich zu erheben theils ungestraft nicht zulässig, theils auch überhaupt nicht möglich ist. Der Gegensatz, welcher in der Gegenüberstellung z. B. der Theologie oder Naturkunde einerseits und der Baukunst oder Maschinenkunde andererseits besonders hervortritt, wonach bei der Theologie die uns geoffenbarte Religion, bei der Naturkunde die Gesetze der uns umgebenden Natur, also in beiden etwas objectiv außer uns Gegebenes nur zu unserem Verständniß gebracht, und andererseits bei Baukunst und Maschinenkunde etwas gelehrt und geübt wird, was lediglich menschliches Schaffen ist,

dieser Gegensatz (der übrigens tiefer betrachtet sich doch durch 36
jede Wissenschaft und Kunst hindurchzieht), findet sich im Recht vereinigt. Daß die Menschheit nicht ohne Recht bestehen kann, ist allerdings durch die göttliche Weltordnung von vorn herein festgestellt, aber damit ist noch nichts für das Verständniß der verschiedenen Theile des Rechts gegeben. Das Recht ist zum Theil ein von der Menschheit selbst durch Gesetz und Herkommen wirklich geschaffenes (was übrigens immer noch nicht eine willkührliche Verabredung, einen contrat social enthält), das Recht umfaßt aber zu einem noch größeren Theil ein in der objectiven Natur der Verhältnisse selbständig dem Willen der Menschheit gegenüberstehendes naturales Rechtselement. So sehr nun auch dies letztere mit wahrer Naturkraft gegen den menschlichen Gesammtwillen, welcher das Recht setzt, andrängt, so bleibt doch nothwendig stets mehr oder weniger subjectives Verständniß des objectiv Gegebenen möglich, und so ist also auch durch eine von einer erleuchteten Wissenschaft geleitete gewohnheitsrechtliche und gesetzgeberische Thätigkeit eines juristisch begabten und thätigen Volkes ein ohne Vergleich größerer Fortschritt möglich, als wie wenn statt dieses Volkes ein geistig niedriger stehendes gelebt hätte.

Es ist also hiemit überhaupt der civilisirten Menschheit die Aufgabe eines wahren inneren Vorwärtsschreitens des Rechts, eine wirkliche Erarbeitung eines unvergänglichen Reichthums im Gebiete des Rechts gestellt, und sie hat diese Aufgabe zu erfüllen, damit dann auch die weniger civilisirte Menschheit mit von dem Reichthum zu zehren bekomme. Der eigentlich fördernde Standpunkt für diese, von der äußerlich gleichmachenden Ausbreitung eines jus gentium über die ganze Menschheit völlig abtrennbare Ausbildung des Rechts von Innen heraus, ist der, daß man, wenn ich so sagen soll, dem Kaiser (und überhaupt dem civilen menschlichen Willen) gebe, was

des Kaisers ist, und Gott (und der durch Gott gesetzten Weltordnung) was Gottes ist. Die Römer, indem sie, man kann auch hier sagen: „mit einer Erbweisheit ohne Gleichen" in positiver Fortleitung ihres Rechts und in wissenschaftlicher Verarbeitung diesen Standpunkt als Ausgangs- wie als Endpunkt stets festhielten, haben damit den Grundstein und ersten Unterbau für eine Entwicklung des Rechts in der Menschheit gelegt, welche, einmal begonnen, unmöglich, wofern die Menschheit wirklich geistig regsam und thätig zu sein fortfährt, ohne Weiterbildung bleiben kann.

Und wir, und überhaupt die neueren Völker, was haben sie denn zur Fortführung des Baues beigetragen?

Ich habe es im Voraufgehenden weiter nachgewiesen, wie man sich etwas zu lange mit der bloßen Conservirung und dem Genuß des Römischen Reichthums aufgehalten hat, und auch dies keineswegs immer in richtiger Weise. Die Erklärung des ganzen Römischen Rechts für eine absolute und vollendete ratio scripta, die Identificirung des jus naturale mit dem s. g. Naturrechte, die von der anderen Seite wiederum festgehaltene Nichtachtung des jus naturale und die gleichmäßige Interpretation sämmtlicher Römischer Rechtsinstitute aus dem Gesichtspunkte des civilen Rechtselementes, das Alles sind Auswüchse und Verkehrtheiten eines unrichtigen Standpunktes. Wie kann man richtig mit den Römischen Rechtsinstituten gewirthschaftet haben, wenn man es noch gar nicht einmal versucht hat, die Principien der naturalis ratio, die sich durch das ganze Corpus juris hindurchziehen, in jedem einzelnen Rechtsinstitute lebendig zu durchschauen, und (was fast noch wichtiger ist) in ihrem inneren Zusammenhange sowie ihrem Gegensatze zum civilen Rechtselemente zu erkennen? Wie aber, wenn man noch nicht einmal so weit ist, wenn man die ganze Römische Theorie von jus civile und naturale als eine Art philosophischer Theorie,

als eine kindliche Ausgeburt ungeschickter Speculation oder Welt- 36
betrachtung über die Achsel ansieht und in die historische Rumpelkammer wirft; wenn man überhaupt eine Sache, die sich durch das ganze Römische Recht in seiner, den eigentlichen Werth enthaltenden, ausgebildeten Gestalt hindurchzieht, wie die vorübergehende „Theorie" eines einzelnen oder einiger Juristen behandelt, — wie kann man da schon dahin gediehen sein, die Maximen selbst, wonach das Recht zu handhaben ist, von Irrthümern zu reinigen, die ihnen im Römischen Recht ankleben, sie (wie das entschieden möglich ist) noch tiefer innerlich zu verstehen, als dies von den Römern schon erreicht wurde, und sie dann in den einzelnen Rechtsinstituten zur Fortführung des von den Römern Geleisteten richtig anzuwenden? Wie kann man endlich, wenn man nicht einmal die Romanistischen Institute unseres Rechtslebens richtig behandelt, schon eine lebendige Fortführung des Rechts für die ganze Menschheit durch völliges Ineinanderschmelzen des alten Romanischen Rechtsstoffes mit dem aus den neueren Verhältnissen hinzugekommenen namentlich Germanischen Rechte versucht haben?

Wer da meint, daß in der altgewordenen Rechtswissenschaft, und namentlich in dem Romanistischen Theile derselben, nicht mehr Viel zu thun sei; daß, da der gemeinrechtliche Zustand der formellen Geltung des Corpus juris voraussichtlich mit der Zeit ganz verschwinden wird, alsdann unsere Arbeit nur noch in einer retrospectiven geschichtsforschenden Beschäftigung bestehen könne, der leidet an einer traurigen Beschränktheit des Blicks. So viel aber auch noch diese Beschränktheit bei uns sich finden mag, so ist um so mehr hervorzuheben, daß dieselbe, indem sie die practische Geltung der Romanistischen Rechtsinstitute mit der formellen Geltung des Corpus juris verwechselte, sowohl jetzt als in der ganzen Zeit seit dem Wiederaufleben des Römischen Rechts weniger geschadet hat,

als man denken sollte. Das Römische Recht hat, in Folge eines wenn gleich oft nur unklar empfundenen geistigen Uebergewichts, als jus gentium seinen Eingang in die neueren Zeiten gefunden, es ist freilich, weil man es falsch auffaßte, auch außerordentlich viel in verkehrter Weise angewandt worden, und es hat auch nothwendig lange Zeit darauf verwandt werden müssen, ehe man bei der formell mangelhaften Gestalt des Römischen Rechts erst nur seinen ganzen Inhalt zu reproduciren vermogte. Dieses theoretische Studium des Römischen Rechts und jenes practische Probiren, wohin das Römische Recht passe und wohin nicht, sind nothwendige Vorstufen die erst durchlaufen werden mußten. Nebenbei hat, weil das Römische Recht galt und man die Römische Behandlungsweise des Rechts doch nahe vor Augen hatte, eine unbewußte Befolgung der richtigen Principien in Gemäßheit eines durch das Römische Vorbild noch gestärkten juristischen Taktes gar vielfach schon stattgefunden, und der Fälle sind nicht wenige nachzuweisen, wo auf solche Weise eine wahre innere Fortbildung des Rechts in neueren Zeiten aufgewachsen ist [1]).

Aber solches unbewußtes Getriebenwerden kann nicht genügen. Je mehr die formelle Geltung des Corpus juris in allen Nationen, die die geistige Arbeit der Menschheit fortführen, zurücktreten wird, um so mehr wird der verwirrende äußerliche Nebenpunkt mit so vielen werthlosen Fragen und Controversen, welche die alleinige Folge jener formellen Geltung sind, zurücktreten gegen die materielle Bedeutung des Römischen Rechts in den auf naturalis ratio ruhenden Instituten, und in gar manchen einen sehr reinen und geschmackvollen Baustyl in sich tragenden civilen Rechtslehren. Um so mehr wird dann aber, an der Stelle der bei Seite zu legenden Interpretirübun-

1) Ich erinnere nur an die freilich noch nicht erledigte Frage von der Collision verschiedener Ortsrechte.

gen des Corpus juris als eines dem Justinianeischen Willen möglichst entsprechenden Gesetzbuchs, uns der Platz allmälig frei werden für die gemeinsame, an der Hand der Römischen Wissenschaft fortgeführte, Behandlung der Rechtsfragen und einzelnen Institute des Privatrechts, welche in Wirklichkeit, trotz der Abweichungen im Einzelnen, der gemeinsame Besitz derjenigen Nationen sind, die in der Geistesarbeit der Menschheit den Vortritt haben.

Die Deutschen haben sich bisher als für die Cultur des Rechts nicht ungeeignet gezeigt, sie haben in der lebendigen Reproduction des Römischen Rechts unter den übrigen Völkern eine glänzende Rolle gespielt. Ob sie auf den Wegen, welche die Geschichte fernerhin in Betreff des Privatrechts vermuthlich gehen wird, ihre wissenschaftlich hervorragende Stellung festhalten werden, muß die Zeit lehren.

Druck von Friedrich Frommann.

Juriſtiſcher und Staatswiſſenſchaftlicher Verlag

von

Friedrich Frommann

in Jena.

Bemerkungen aus der Praxis über Grund- und Hypothekenbücher. gr. 8. (3½ Bgn.) 1846. geh. . . . . n. 8 ſgr.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, unter Mitwirkung der Herren Dr. G. Emminghaus, Geh. Reg.-Rath in Weimar, Dr. Heerwart, Geh. Juſtizrath in Eiſenach, Dr. Heimbach, OAGR. in Jena, herausgegeb. v. R. Schmid, Kreisgerichts-Aſſeſſor in Weimar. 1854. I. Sem. (Nro. 1—6.) n. 1 Thlr. 10 ſgr. (wird fortgeſetzt.)

Brandis, Dr. F. H., Abhandlungen aus dem Civilproceß I. Ueber den Zeitpunkt, mit welchem die Nachtheile des Ungehorſams eintreten. gr. 8. 1834. . . . . 20 ſgr.

Emminghaus, Dr. G., Corpus juris Germanici, tam publici quam privati, academicum. I. 2. Aſl. Lex. 8. 1844. n. 4 Thlr. 10 ſgr.

— — deſſelben II. 1. 2. Lief. 1847. 1852. . . . n. 24 ſgr.

— — Supplemente zur I. Aufl. . . . . n. 2 Thlr.

— — Pandekten des gemeinen Sächſ. Rechts. 4 Lieff. Lex. 8. 1848—51. . . . . n. 4 Thlr.

Gloeden, Dr. J., Das Römiſche Recht im Oſtgothiſchen Reiche. Eine rechtsgeſchichtliche Abhandlung. gr. 8. (10 B.) 1843. . 20 ſgr.

Groß, L. Freih. v., allgemeine progreſſive Grund- und Einkommenſteuer, gleiches Maaß und Gewicht für Deutſchland. gr. 8. (3 Bgn.) 1848. geh. . . . . 10 ſgr.

Gülich, G. v., geſchichtliche Darſtellung des Handels, der Gewerbe und des Ackerbau's der bedeutendſten handeltreibenden Staaten unſrer Zeit. 2 Bde. gr. 8. 1829. 30.

— — 3—5r Bd. Die geſammten gewerblichen Zuſtände u. ſ. w. in den letzten 12 Jahren. gr. 8. 1842—1844.

Alle 5 Bände nebſt 3 Lief. Tabellen, herabgeſ. Preis . n. 6 Thlr.

Leist, Dr. Burc. Guil., Observationes ad fr. 76. §. 1. D. de acquirenda vel omittenda hereditate. Programma gr. 4. (1½ Bgn.) 1853. geh. . . . . 5 ſgr.

Prozeß, der Preußische, ohne die ihm zum Vorwurf gemachten Mängel, und unter Aufnahme der Oeffentlichkeit der Rechtspflege. Von einem preußischen Rechtsgelehrten (Reigebauer), mit Vorrede von Dr. Arn. Mallinckrodt. gr. 8. 1819. . . . . 1 Thlr.

Religionsübung, Die katholische, in Mecklenburg-Schwerin, geschichtlich und rechtlich. gr. 8. (6½ Bgn.) 1852. geh. . 15 sgr.

Schaumann, Dr. A. F. H., die Akten des ersten schriftlichen Processes in Deutschland nach Römisch-Canonischen Formen. Ein Beitrag zur Geschichte des gerichtl. Verfahrens. gr. 8. (3 Bg.) 1847. geh. . . . . 10 sgr.

Schenck, C. W., die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinen Rechten. (24 B.) gr. 8. 1837. . . . . 20 sgr.

Schmid, K. E., der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik. Gegen Dr. L. F. Griesinger. 8. 1823. geh. . . . . 7½ sgr.

(— —) Deutschlands Wiedergeburt, ein politischer Versuch. 8. 1814. 10 sgr.

Staatsarchiv, deutsches, I. (Stüve's Vertheidigung des Magistr. von Hannover.) II.—V. Herausgegeben von Buddeus. gr. 8. 1840—44. . . . . n. 4 Thlr.

Standesherren, die deutschen, ein Überblick über ihre Lage und Verhältnisse. gr. 8. 1844. . . . . 20 sgr.

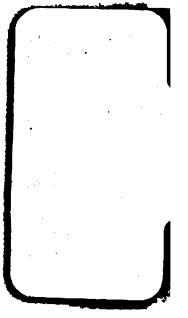
Stüve, Dr. C., über die gegenwärtige Lage des Königreichs Hannover. gr. 8. 1831. . . . . 10 sgr.

(— —) Deutschlands Bedürfnisse. Sendschreiben an einen Frankfurter Reichstagsdeputirten. I. gr. 8. 1850. geh. . . . 10 sgr.

(— —) Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Grundbesitzes in Niedersachsen u. Westphalen. gr. 8. 1851. n. 1 Thlr.

(— —) zwei Entwürfe zu einer neuen Stadtverfassung für Osnabrück. gr. 8. 1844. . . . . n. 1 Thlr.

(— —) über Reformen in Verfassung und Verwaltung Hamburgs. gr. 8. 1844. . . . . 7½ sgr.

(— —) Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover. Herausgegeben von Dahlmann. gr. 8. 1838. n. 1 Thlr.

Vogel, Dr. C., die medicinische Polizeiwissenschaft theoretisch und practisch dargestellt. gr. 8. 1853. . . 1 Thlr. 10 sgr.